

الوسيط في المذهب



تأليف

الشيخ الإمام حجة الاسلام
أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى سنة ٥٠٥ هـ

تحقيق

أبي عمرو الحسيني بن عمر بن عبد الرحيم

الجزء الأول

مستورات

محرر أبي بصير

لشركت النشر والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



جميع الحقوق محفوظة

Copyright ©
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية - بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة
تنسيق الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على
أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو
برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة
الناشر خطياً.

Exclusive Rights by

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Droits Exclusifs à

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle ou morale d'éditer, de traduire, de photocopier, d'enregistrer sur cassette, disquette, C.D, ordinateur toute production écrite, entière ou partielle, sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رمل الطريقه شارع البحري، بناية ملكيات
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت، لبنان

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohary St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box: 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohary, 1^{ère} Melkart, 1^{ère} Étage
Tel. & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P.: 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3192-3



<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

فهرس محتويات
الجزء الأول
من
الوسيط في المذهب

فهرس المحتويات

٤٧	<u>الفصل الأول في النجاسات</u>	٣	<u>مقدمة التحقيق</u>
	<u>الفصل الثاني في الماء الراكد إذا وقعت فيه</u>	٨	<u>التعريف بصاحب الوسيط في المذهب ...</u>
٥٤	<u>نجاسة</u>	١١	<u>رحلاته</u>
٥٧	<u>الفصل الثالث: في الماء الجاري</u>	١١	<u>١ - سفره إلى جرجان وقطع الطريق عليه</u>
	<u>الفصل الرابع في كيفية إزالة النجاسة وحكم</u>	٢	<u>٢ - سفره إلى نيسابور وملازمته إمام</u>
٥٨	<u>الغسالة</u>	١١	<u>الحرمين</u>
	<u>الباب الثالث في الاجتهاد بين النجس</u>	١٢	<u>٣ - سفره إلى بغداد</u>
٦٤	<u>والطاهر</u>	١٣	<u>٤ - سفره إلى الشام وبيت المقدس</u>
٦٨	<u>الباب الرابع: في الأواني، وفيه ثلاثة فصول</u>	١٤	<u>٥ - زيارته لمصر والإسكندرية</u>
٦٨	<u>الأول في المتخذ من الجلود</u>	١٥	<u>٦ - عودته إلى بغداد ثم إلى طوس</u>
٧٠	<u>الفصل الثاني في الشعور والعظام</u>	١٦	<u>الغزالي وعلم الكلام</u>
٧١	<u>الفصل الثالث في أواني الذهب والفضة</u> ...	١٧	<u>شيوخه</u>
٧٥	<u>القسم الثاني في المقاصد</u>	١٨	<u>مرحلة تعليمه الكبرى مع إمام الحرمين</u> ...
	<u>الباب الأول: في صفة الوضوء، وفيه ست</u>	١٩	<u>دراسته للحديث</u>
٧٥	<u>قرائض</u>	١٩	<u>شيخه في التصوف</u>
	<u>الأولى: النية والنظر في أصلها ووقتها</u>	٢٠	<u>تلامذته</u>
٧٥	<u>وكيفيتها</u>	٢٤	<u>مؤلفات الإمام الغزالي</u>
٧٨	<u>الفرض الثاني: غسل الوجه</u>	٢٥	<u>أصول الفقه</u>
٨٠	<u>الفرض الثالث: غسل اليدين مع المرفقين</u>	٢٧	<u>مؤلفاته في علم الخلاف</u>
	<u>الفرض الرابع: مسح الرأس، والنظر في</u>	٢٨	<u>التعريف بالكتاب</u>
٨١	<u>قدره، ومحلّه، وكيفيته</u>	٣٠	<u>منهج التحقيق</u>
	<u>الفرض الخامس: غسل الرجلين مع</u>	٣٩	<u>مقدمة المصنف</u>
٨٣	<u>الكعبين</u>	٤١	<u>كتاب الطهارة</u>
	<u>الفرض السادس: الترتيب، خلافاً لأبي</u>	٤١	<u>القسم الأول: في المقدمات</u>
٨٣	<u>حنيفة</u>	٤١	<u>الباب الأول في المياه الطاهرة</u>
٨٤	<u>القول في سنن الوضوء، وهي ثماني عشرة</u>		<u>الباب الثاني: في المياه النجسة، وفيه أربعة</u>
	<u>الباب الثاني: في الاستنجاء، وفيه أربعة</u>	٤٦	<u>فصول</u>

١٦٥.....	الفصل الأول: في قدر النفاس	٩١	فصول
١٦٥.....	الفصل الثاني: في الدم قبل الولادة	٩١	الفصل الأول في آداب قضاء الحاجة
١٦٥.....	الفصل الثالث: في الدم بين التوأمين	٩٥	الفصل الثاني: فيما يستنجى عنه
	القسم الثاني: في النفساء المستحاضات، وهن أربع:	٩٥	الفصل الثالث: فيما يستنجى به
١٦٦.....	الأولى: المعتادة	٩٧	الفصل الرابع: في كيفية الاستنجاء
١٦٦.....	الثانية: المبتدأة إذا استحيضت	٩٩	الباب الثالث: في الأحداث، وفيه فصلان
١٦٦.....	الثالثة: المميزة	٩٩	الفصل الأول: في أسبابها
	الرابعة: المتحيرة إذا نسيت عاداتها في النفاس	١٠٨	الفصل الثاني: في حكم الحدث
١٦٦.....	كتاب الصلاة، وفيه سبعة أبواب		الباب الرابع: في الغسل والنظر في موجهه وكيفيته
١٦٩.....	الباب الأول: في المواقيت، وفيه ثلاثة فصول	١١٢	النظر الثاني: في كيفية الغسل
١٧٠.....	الأول: في وقت الرفاعية للمصلوات الخمس	١١٤	كتاب التيمم
١٧٨.....	الفصل الثاني في وقت أرباب الأعذار	١١٧.....	فيما يبيح التيمم
١٨٣.....	الفصل الثالث في الأوقات المكروهة	١١٧.....	الباب الثاني: في كيفية التيمم
١٨٦.....	الباب الثاني: في الأذان	١٢٤.....	الباب الثالث في أحكام التيمم
	الفصل الأول في المحل الذي يشرع فيه الأذان	١٢٨.....	باب المسح على الخفين
١٨٧.....	الفصل الثاني: في صفة الأذان	١٣٣.....	النظر في شرط المسح، وكيفيته، وحكمه
١٨٩.....	الفصل الثالث: في صفات المؤذن	١٣٥.....	النظر الثاني: في كيفية المسح
١٩٢.....	مسائل ثلاث بها ختام الباب	١٣٩.....	كتاب الحيض، وفيه ستة أبواب
١٩٥.....	الباب الثالث في استقبال القبلة	١٤٢.....	الباب الأول: في حكم الاستحاضة والحيض
١٩٦.....	الركن الأول: الصلاة	١٤٢.....	الباب الثاني: في المستحاضات
١٩٩.....	الركن الثاني: القبلة	١٤٨.....	الباب الثالث: في المستحاضة المتحيرة
٢٠١.....	الركن الثالث: في المستقبل	١٥٣.....	الباب الرابع في المتحيرة التي تحفظ شيئاً، وفيه ثلاثة فصول
٢٠٦.....	الباب الرابع في كيفية الصلاة	١٥٥.....	الفصل الأول فيما إذا لم تحفظ قدر الطهر والحيض
٢٠٧.....	القول في النية، وفيه ثلاثة أمور	١٥٦.....	الفصل الثاني: في الضالة
٢٠٨.....	الأول: في أصل النية	١٥٦.....	الفصل الثالث: في العادة الدائرة
٢٠٩.....	النظر الثاني: في كيفية النية	١٥٧.....	الباب الخامس: في التلقيق
٢٠٩.....	النظر الثالث: في وقت النية	١٥٨.....	الباب السادس: في النفاس، وفيه قسمان
٢١٠.....	القول في التكبير وسننه	١٦٤.....	الأول في النفساء غير المستحاضة، وفيه ثلاثة فصول
٢١٤.....	القول في القيام، وهو ركن	١٦٤.....	

كتاب الجمعة ٣٠٩	القول في القراءة والأذكار، والنظر في
الباب الأول: في شرائطها ٣٠٩	الفاتحة وسوابقها ولواحقها ٢١٧
الباب الثاني في بيان مَنْ تلزمه الجمعة ٣٢٢	الباب الخامس في شرائط الصلاة
الباب الثالث في كيفية أداء الجمعة ٣٢٤	ونواقضها، والشرائط ستة ٢٤١
كتاب صلاة الخوف ٣٢٧	الأول: الطهارة عن الحدث ٢٤١
الأول: صلاة رسول الله ﷺ بيطن النخل ٣٢٧	الشرط الثاني: طهارة الخُبث ٢٤٢
النوع الثاني: صلاته بعُسْقَانٍ حيث لم تشتد	الشرط الثالث: ستر العورة ٢٤٧
الحرب ٣٢٧	الشرط الرابع: ترك الكلام ٢٥٠
النوع الثالث: صلاة ذات الرقاع ٣٢٨	الشرط السادس: ترك الأكل ٢٥٧
النوع الرابع: صلاة شِدَّة الخوف ٣٣١	الباب السادس في أحكام السجادات، وهي
كتاب صلاة العيدين ٣٣٣	ثلاثة ٢٥٨
كتاب صلاة الخسوف ٣٤٠	الأولى: سجدة السهو ٢٥٨
كتاب صلاة الاستسقاء ٣٤٣	النظر الأول: المقتضى: وهو قسمان ٢٥٩
كتاب الجنائز ٣٤٦	النظر الثاني في محل السجود وكيفيته ٢٦٤
القول في المحتضر ٣٤٦	السجدة الثانية: سجدة التلاوة ٢٦٧
القول في الغسل والنظر في كيفيته، وفي	السجدة الثالثة: سجدة الشكر ٢٧٠
الغاسل ٣٤٧	الباب السابع: في صلاة التطوع ٢٧١
القول في التزيين ٣٥٠	الأول: في السنن الرواتب تبعاً للفرائض ٢٧١
القول في التكفين ٣٥١	الفصل الثاني: في غير الرواتب ٢٧٦
القول في حمل الجنازة ٣٥٢	كتاب الصلاة بالجماعة وحكم القدوة
القول في الصلاة على الميت، وفيه أربعة	والإمامة ٢٨١
أطراف ٣٥٤	الباب الأول في فضل الجماعة ٢٨١
الأول: فيمن يُصَلِّي عليه ٣٥٤	الباب الثاني: في صفات الأئمة، وفيه
الطرف الثاني: فيمن يُصَلِّي ٣٥٦	فصلان ٢٨٦
الطرف الثالث: في كيفية الصلاة ٣٥٨	الفصل الأول فيمن يصح الاقتداء به ٢٨٦
الطرف الرابع: في شرائط الصلاة ٣٥٩	الفصل الثاني: فيمن هو أولى بالإمامة ٢٨٧
القول في الدفن ٣٦٠	الباب الثالث: في شرائط القدوة ٢٨٩
القول في التعزية والبكاء ٣٦٢	كتاب صلاة المسافرين ٢٩٥
باب تارك الصلاة ٣٦٤	الباب الأول: في القَصْر ٢٩٥
كتاب الزكاة ٣٦٥	النظر الأول: في السبب ٢٩٥
النوع الأول: زكاة النعم والنظر في وجوبها	النظر الثاني: في محل القصر ٣٠٤
وأدائها ٣٦٦	النظر الثالث: في الشرط ٣٠٥
الطرف الأول: في الوجوب ٣٦٦	الباب الثاني: في الجمع ٣٠٦

النوع الخامس من الزكاة: زكاة المعادن	باب صدقة المخطيء، وفيه خمسة فصول . ٣٧٤
والزكاز، وفيه فصلان ٤٠٤	الأول: في حكم الخلطة وشرطها ٣٧٤
الأول: في المعادن ٤٠٤	الفصل الثاني: في التراجع ٣٧٥
الفصل الثاني: في الزكاز ٤٠٥	الفصل الثالث: في اجتماع الخلطة والانفراد
النوع السادس: زكاة الفطر، وفيه أربعة	في حَوْل واحد ٣٧
أطراف ٤٠٧	الفصل الرابع: في اجتماع المختلط والمفرد
الأول: في وقت الوجوب ٤٠٧	في ملك واحد ٣٧٦
الطرف الثاني: في المؤدى عنه ٤٠٧	الفصل الخامس: في تعدد الخليط ٣٧٧
الطرف الثالث: في صفات المؤدى ٤١٠	الطرف الثاني للزكاة: طرف الأداء ٣٨٢
الطرف الرابع: في الواجب ٤١٢	النوع الثاني من الزكوات: زكاة المعشرات
كتاب الصيام ٤١٤	والنظر في المُوجِب والوَاجِب ووقت
القسم الأول: في نفس الصوم ٤١٤	المُوجِب ٣٨٩
القول في السبب ٤١٤	الطرف الأول: في المُوجِب، والنظر في
القول في ركن الصوم ٤١٦	جنسه وقدره ٣٨٩
الركن الأول: النية ٤١٦	الطرف الثاني: في الواجب، والنظر في
الركن الثاني: الإمساك عن المفطرات ٤١٩	قدره وجنسه ٣٩٣
القول في شرائط الصوم ٤٢٣	الطرف الثالث: في وقت الوجوب ٣٩٣
القول في السنن ٤٢٤	النوع الثالث: في زكاة النقدين والنظر في
القسم الثاني في مبيحات الإفطار وموجباته ٤٢٥	قدر الموجب وجنسه ٣٩٦
كتاب الاعتكاف ٤٣٢	النوع الرابع: زكاة التجارة، وأركانها أربعة ٣٩٩
الفصل الأول: في أركانه ٤٣٣	الأول: المال ٣٩٩
الفصل الثاني: في موجب ألقاظ النذر، وفيه	الركن الثاني: النصاب ٤٠٠
ثلاثة أمور ٤٣٥	الركن الثالث: الحول ٤٠١
الأول: في التتابع ٤٣٥	الركن الرابع: في ما يجب إخراجه ٤٠٢
النظر الثاني: في استتباع الليالي ٤٣٦	واختتام الباب بفصلين ٤٠٢
النظر الثالث: في استثناء الأغراض ٤٣٦	الأول: في اجتماع زكاة التجارة مع سائر
الفصل الثالث: في قواطع التتابع ٤٣٧	الزكوات ٤٠٢
	الفصل الثاني: في زكاة مال القراض ٤٠٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة التحقيق

إن الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وكما ينبغي لأسمائه الحسنی وصفاته العلی ووحدانیه.

نحمده سبحانه المعبود في كل زمان، الذي لا يخلو من علمه مكان، ولا يشغله شأن عن شأن، جل سبحانه عن الأشباه والأنداد، وتنزه عن الصاحبة والأولاد، ونفذ حكمه في جميع العباد، لا تمثله العقول بالتفكير، ولا تتوهمه القلوب بالتصوير، ﴿ليس كمثله شيء وهو السميع البصير﴾ [الشورى: ١١]، والصلاة والسلام على سيدنا محمد عبد الله المصطفى، ونبیه المحتبی، ورسوله المرتضى، خاتم الأنبياء، وإمام الأتقياء، وسيد المرسلين وحبيب رب العالمين، صلى الله عليه وآله وأصحابه ومن سلك طريقه إلى يوم الدين، وبعد:

في حُرُورِ المتغيرات الاجتماعية والسياسية التي شهدتها معظم ديار المسلمين، وفي وسط حاجيات العصر المتواترة والملتبهة والذي نعيشه بين صراع القوى الاقتصادية في العالم، وفي خضم الزحام اليومي كأثر مباشر لتأثير السلعة واقتتان الجماعات والأفراد يبريق صنعها المتقن، وتحت إغراء عطرها وانسيابها الحاملة في طياتها مذاهب كفرية تشكك في الإسلام تحت اسم العلم، زاعمين أن الدين ينكر الحقائق العلمية ومعطياته، مما أحدث في العالم الإسلامي اضطراباً وتفرقاً وإهمالاً في مراجعة أصوله وفروعه، لم يعرف من قبل، فوجدنا من يقطع حبل الوريد الذي يربط بيننا وبين أسلافنا لإزهاق روح الأمة ومحو بينونتها، وتميزها الخلقى والعقلى الراقى الفريد، وجدناهم ينادون بفصل الدين عن السياسة، ثم عن الدولة تمهيداً لفصله عن الثقافة تمهيداً للإجهاز عليه وفصله عن الحياة العامة، ثم يغسلونه ويكفونونه ويصلون عليه صلاة الفراغة، فهم لا يزالون يوقدون نار حريقهم ضد الإسلام، كلما أوقدوا ناراً للحرب أطفأها الله، ولأن الله سبحانه وتعالى غرس في هذا الدين غرساً يستعملهم فيه بطاعته، أو كما قال ﷺ، فهم لا يزالون في مرحلة فصل الدين عن السياسة يقاتلون على حصره في المساجد؛ لأنه بزعمهم وإفكهم لا يصلح ولا يواكب هذه المتغيرات السريعة، ومن فرط جهلهم

وكفرهم استدلووا على كفرهم وردتهم بإسلام، ولكنه إسلام تعلموه من اليهود والنصارى.

أفلح الكفار في تربية هؤلاء واستطاعوا أن يجعلوهم رموزاً وأساتذة وعلماء ومفكرين ينشرون أفكارهم الكفرية الخبيثة تحت عباءة الإسلام، فصاروا يدعون إلى إسلام جديد يواكب العصر المستنير المتحضر، ولا يُغضب أسيادهم من اليهود والنصارى، إسلام ليبرالى، إسلام اشتراكى، إسلام وطنى، إلى غير ذلك، فصاروا شوكة فى ظهر المسلمين، والطابور الخامس الذى ألحق بنا الهزائم فى كل الميادين، فهم القسيم المشترك بين المرتدين والمنافقين، ﴿إِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ وَإِنْ يَقُولُوا تَسْمَعُ لِقَوْلِهِمْ﴾ [المنافقون: ٤]، وهؤلاء إحدى مهامهم بل كبراهم التى تربوا من أجلها، هى تحريف وتبديل الكتاب والسنة.

ولقد فشل أعداء الإسلام قديماً فى تحريف الكلم عن مواضعه، وسيفشل أعداء اليوم؛ لأن الله حفظ كتابه وقيد للسنه علماء أجلاء يذّبون عنها ويبينون الصحيح من السقيم، والتحريف من التنزيل، كما أنه سبحانه وله الحمد والفضل والمنة، حفظ لنا مصنفات أسلافنا وأعلامنا، والتى سوف نقدم لحضراتكم منها هذا المصنف النفيس، الذى يبين لك بعد قراءته ودراسته ما مدى زيف كتب الإسلام الحديث الذى ترضى عنه اليهود والنصارى، وما مدى ضحالة أفكار مؤلفيها، وما حجم الفرق الواضح البين بين الإسلام الذى أرسل الله به رسوله ﷺ إلى الناس كافة، وإسلام الغرب الذى تعلمه هؤلاء ليدحضوا به الحق وما هم بداحضين إلا أنفسهم.

قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ لِيَصُدَّوْا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ فَسَيَفْقُوْنَهَا ثُمَّ تَكُونُ عَلَيْهِمْ حَسْرَةً ثُمَّ يُغْلَبُونَ وَالَّذِينَ كَفَرُوا إِلَىٰ جَهَنَّمَ يُحْشَرُونَ﴾ [الأنفال: ٣٦]. ولأن الله حفظ كتابه وسنة نبيه ﷺ ومصنفات علماء الدين الأسلاف الأتباع، عمد أعداءنا إلى نوع آخر من التحريف هو تحريف التأويل، ﴿يَلْوُونَ أَلْسِنَتَهُم بِالْكِتَابِ لِتَحْسَبُوهُ مِنَ الْكِتَابِ وَمَا هُوَ مِنَ الْكِتَابِ وَيَقُولُونَ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَمَا هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ﴾ [آل عمران: ٧٨]، فهم يأتون بالنصوص الصحيحة ثم يأولونها على غير مرادها؛ لتكون لهم وهى عليهم، فهى حق أريد بها باطل.

وعلى الجانب الآخر انتفضت جماعات من الشباب لا ينقصهم الحماس، أو حسن النية نحو رغبتهم فى تشكيل انتمائهم للإسلام والذب عنه بقدر المستطاع، بحيث يساهمون بهذا الانتماء فى عمليات تنمية وتقديم تربط بهم وبلدينهم، وتعبّر عن

وجودهم الإسلامى، وتعيد عبودية البشر لربهم، فيأثمرون بأمره ويتنهون بنهيهِ، وقيام دولة الإسلام استهدافاً للأقوم والأكرم، وابتغاء مرضاة الله تعالى، بيد أن هذه الانتفاضة نشأت وهى نخالية الوفاض تقريباً من رصيد إسلامى يعصمها من عدوان المذاهب الوافدة، ومن ضربات أعدائهم القاصمة، بالإضافة إلى افتقاد التصور الصحيح المؤدى إلى معاشة العصر، وقد تسبب فى تفاقم تلك المشكلة قعود بعض الدعاة والعلماء، ونكوص البعض لدنيا استعاضوا بها عن الآخرة، وعجز البعض الآخر عن تحمل العبء الجسيم لقيادة الأجيال المعصورة الراغبة فى الاتجاه إلى الله والالتزام بشرعه، الأمر الذى دفع بعض الشباب إلى حمل عبء هذه الدعوة على عاتقهم دون أن يؤهل أغلبهم لذلك، ومن ثم فتارة يستنبطون أحكاماً شرعية دون معرفة بطرق الاستنباط، وتارة يقلدون فتاوى الأموات التى لا تقوم بها حجة، ولا يجوز العمل بها، وذلك لأمرين:

الأول: احتمال رجوع الميت عن رأيه إن كان حياً مع ظهور ما هو أولى فيأخذ به، أو ظهور اجتهاد أولى بعد موته، ففى الحالين ينتقض الأول.

والثانى: قال الرازى: لا قول للميت؛ لأن الإجماع لا ينعقد على خلافه -حياً وينعقد على موته، وهذا يدل على أنه لم يبق له قول بعد موته. ا.هـ.

وهؤلاء الشباب مع كونهم من أصحاب النوايا الحسنة والهمة العالية، إلا أنهم بين عامى ومقصر، وليس للمقصر أن يجازف بالاجتهاد إذا ما تحصل له فى بعض المسائل ما هو مناط الاجتهاد من الأدلة دون غيرها، أو بمعنى آخر أن يكون عالماً منتصباً للاجتهاد فى باب دون باب، ويُمنع من الاجتهاد؛ لأن المسألة فى باب من الفقه ربما كان أصلها فى باب آخر منه، والمفروض حصول جميع ما يتعلق بعضها ببعض، وهذا ما ستراه وتتعلمه من المسالك التى سلكها المؤلف الإمام الغزالى فى هذا المصنف، وسوف نعرف هنا أن الاجتهاد، هذا البحر الخضم، لا يكون إلا بمجموع العلوم والفنون والقواعد الشرعية واللغوية وغير ذلك من السفن التى يُحاض بها بحر الاجتهاد، وكلها أسطول متكامل المركبات، إن تمت جاز لصاحبها الاجتهاد، وإن احتاج إلى البحث فى بعض علومها.

هذا هو الحكم فى المقصر، فما بالك بالعامى الذى صار بين يوم وليلة مع إطلاق لحيته عالماً ومفتياً، وأنا لا أعيب أو أنقص من اللحية والعياذ بالله، فإن ذلك يؤول إلى الكفر، بل أعيب على من ظن، بل توهم، أن إمكانية الإفتاء ومؤهلاته هى الهيئة بما فيها اللحية. الأمر الذى جعلهم يصعدون عقبة كئود زلت فيها أقدامهم، فصاروا بين متوقفة،

ومكفرة، ومرجئة، ودراويش، يُحكمون أهواءهم وأفكارهم التي جعلتهم يختلفون في الفروع، بل وفي الأصول، الأمر الذي مكنَ منهم أعداءهم وأضاع جهد المخلصين منهم، بل ودماهم وأعراضهم، نسأل الله العفو والسلامة.

كل ذلك دعانا إلى أن ندعوا أنفسنا وإخواننا الذين يقومون بالذب عن دين الله الحريصين على الإسلام العاملين في حقله، أن يعودوا إلى تراث أسلافهم الرائع الدقيق في تربيته وتحليله وتعليقه للمسائل الفقهية، لا لتقليد فتاوى أربابها، بل لاستفادة طرق الاجتهاد من تصرفهم في الحوادث، وكيف بنى بعضها على بعض، ومعرفة المتفق عليه من المختلف فيه، فلا يفتي بغير المتفق عليه، قاله الرازي، وقد بينت هذا في مواضع أنشاء تحقيقى لهذا المصنف، وتفصيل ذلك في كتابنا المداخل الأصولية، وكتابنا معايير التأويل، وقد منع علماء السلف من تقليد الأموات.

وذكر الإمام الغزالي ذلك في هذا المصنف، وحكى في المنحول إجماع أهل الأصول على المنع من تقليد الأموات، وقاله الرويانى في البحر، وعللوا ذلك بأن الميت ليس من أهل الاجتهاد، كمن تجدد فسقه بعد عدالته، فإنه لا يبقى حكم عدالته، وإما لأن قوله وصف له، وبقاء الوصف بعد زوال الأصل محال، وإما لأنه لو كان حياً لوجب عيه تجديد الاجتهاد، وعلى تقدير تجديده لا يتحقق بقاؤه على القول الأول، فتقليده بناء على وهم أو تردد، والقول بذلك غير جائز^(١). أ.هـ.

ومن ثم فإن تقليدنا لهذا المصنف الفريد الدال على عبقرية صاحبه الغرض الأساسى منه هو استفادة طرق الاجتهاد من تصرف صاحبه في الحوادث، وكيف بنى بعضها على بعض، ومعرفة المتفق عليه من المختلف فيه، كما بين المصنف ذلك فى أغرب مواضع المصنف، وكيف استطاع المؤلف أن يستنبط الأحكام الشرعية من أدلتها وكيفية استفادتها من مصادرها، سواء كانت كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو قياساً، وبيان مراتب هذه الأدلة، وكيف قدم بعضها على بعض بما عنده من ملكات الاجتهاد، خاصة علم أصول الفقه الذى استطاع أن يستغله استغلالاً واعياً ودقيقاً فى استنباطه للأحكام.

هذا إذا كان القارئ فقيهاً أو مجتهداً، أما إذا كان مقلداً ولم يبلغ درجة الاجتهاد، فلا يذله عند قراءة هذا المصنف من معرفة المستندات التى استند عليها الإمام الغزالي فى استنباطه للأحكام، وهذا كان منهجى واهتمامى فى التحقيق كما سأبينه قريباً، فكان كل همى أن أكفى القارئ مؤنة البحث عن الأدلة الشرعية واللغوية التى استند عليها

المؤلف حتى خشيت أن يخرج المصنف عن رسمه، فيصير ككتب شروح الحديث، فأمسكت بعض الشيء للحفاظ على هوية المصنف الذى يحكى فقهاً شافعيًا.

فإذا عرف القارئ المستند الذى استند عليه المجتهد فى استنباط الحكم، بعثه ذلك على الإذعان له والاطمئنان إلى تقليده فيما ذهب إليه والارتياح إلى العمل بما قال؛ هذا لأن التقليد من غير مستند شرعى قد منعه العلماء كما تقرر فى الأصول، وكما بيناه سابقاً.

ولنحى نقدم لإخواننا وأحبابنا العاملين فى حقل الدعوة الإسلامية هذا المنتخب النفيس من تراثنا الإسلامى الحضارى، وهو: «الوسيط فى المذهب»، تصنيف الشيخ الإمام حجة الإسلام، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، من خلال الأستاذ الفاضل الشغوف على إظهار التراث الإسلامى فى أبهى حلة، الأستاذ صاحب دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت/ محمد على بيضون، جزاه الله خيراً، وكل من ساهم وساعد فى إعداد وطباعة ونشر هذا المصنف.

وجزى الله خيراً كل من سبقونا فى إظهار هذا العمل بالشكل الذى انتهجوه، ﴿ولكل وجهة هو موليها﴾ [البقرة: ١٤٨].

هذا وأسأل الله عز وجل السميع البصير العليم القدير أن يجعل هذا العمل فى ميزان حسناتى، كفارة لسيئاتى، وأن يجعله لى ذخراً فى الآخرة، وأن يجعله خالصاً لوجهه، وأن يعفو عن ما فيه من ذلل لمؤلفه وشارحه ومحققه وكل من شارك فى إخراجه وحفظه، وصلى اللهم على محمد وآله وأصحابه وأهل طريقته المتمسكين بسنته إلى يوم الدين وسلم تسليمًا كثيرًا آمين.

المحقق

أبو عمرو

الحسين بن عمرو بن عبد الرحيم بن حسن

المنيا - عزية أبو هلال

* * *

التعريف بصاحب الوسيط في المذهب

هو الإمام حجة الإسلام، ومحجة الدين، جامع أشتات العلوم، والمبرز في كل العلوم، محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي.

كان أبوه رجلاً صالحاً فقيراً لا يأكل إلا من كسب يده في عمل غزل الصوف ويبيعه في دكانه بطوس، وكان محباً للعلم والعلماء، يطوف على المتفقهة ويجالسهم، ويتوفر على خدمتهم، ويجد في الإحسان إليهم، والتفقه بما يمكنه، وكان إذا سمع كلامهم بكى، وتضرع وسأل الله أن يرزقه ابناً ويجعله فقيهاً، ويحضر مجالس الوعظ، فإذا طاب وقته بكى، وسأل الله أن يرزقه ابناً واعظاً، فاستجاب الله دعوته، ولكن بعد أن قضى نحبه، إذ لم يتمتع بفسحة في الأجل حتى يشهد ولديه عالمين، فلما حضرته الوفاة وصى بالغزالي وأخيه أحمد إلى صديق له متصوف من أهل الخير، وقال له: إن لي لتأسفاً عظيماً على تعلم الخط، وأريد استدراك ما فاتني في ولدي هذين فعلمهما، ولا عليك أن تنفذ في ذلك جميع ما أخلفه لهما، فوفى الصوفي الوصي بالوصية، فأقبل على تعيمهما إلى أن فنى المال الذي تركه لهما، ثم قال لهما: اعلما أني قد أنفقت عليكما ما كان لكما، وأنا رجل من الفقر والتحرید، بحيث لا مال لي فأواسيكما به، وأصلح ما أرى لكما أن تلجأ إلى مدرسة فإنكما من طلبة العلم فيحصل لكما قوت يعينكما على وقتكما، فسمع حجة الإسلام وأخوه هذه النصيحة، واندرجا في سلك طلبة العلم، فكان ذلك هو السبب في سعادتهما وعلو درجتهم.

أما أبو حامد، فكان أفقه أقرانه، وإمام أهل زمانه، وفارس ميدانه، وأقر بفضل المعادى والمخالف، وأما أحمد، فكان واعظاً ينفلق الصمم الصخور عند استماع تحذيره وترعد فرائص الحاضرين في مجالس تذكيره.

وهذا إنما يدل على صلاح والد الغزالي وأنه مستجاب الدعوة، وكان الغزالي يحكى هذا ويقول: طلبة العلم لغير الله فأبى العلم أن يكون إلا لله.

مولده: ولد الإمام حجة الإسلام الغزالي في طوس المدينة العامرة آنذاك بالعلم والعلماء سنة (٤٥٠هـ)، (١٠٥٩م)، ونشأ في أسرة فقيرة سبق الكلام عنها

وفاته: بعد عمر دام خمساً وخمسين سنة، وملاً بالعلم والعمل، والدعوة إلى الله تعالى،

والتأليف، ودحض حجج الملحدين، ترك إمامنا الغزالي الدنيا وفاضت روحه إلى بارئها، وذلك في يوم الاثنين الرابع عشر من شهر جمادى الآخرة سنة (٥٠٥هـ). قال أحمد أخو الغزالي: لما كان يوم الاثنين وقت الصبح، توضعاً أخى وصلى، وقال: على بالكفن، فأخذه وقبله ووضعته على عينه، وقال: سمعاً وطاعة للدخول على الملك، ثم مدّ رجله واستقبل، فانتقل إلى رضوان الله تعالى قبل الإسفار، ودفن بظاهر قسبة طابران.

وكان، رحمه الله، قد أقبل في خاتمة أمره على دراسة الحديث الشريف وبجالة أهله، ومطالعة الصحيحين (البخاري ومسلم).

قال الإمام ابن السبكي نقلاً عن صاحب الغزالي العارف الثقة عبد الغافر الفارسي: لو عاش لسبق الكل في ذلك الفن، ييسر من الأيام يستفرغه في تحصيله. ولا شك أنه سمع الأحاديث في الأيام الماضية، واشتغل في آخر عمره بسماعها، ولم تنفق له الرواية، وقد سمعت أنه سمع من أبي داود السجستاني، عن الحاكم أبي الفتح الحاكمي الطوسي. وسمع من الأحاديث المتفرقة اتفاقاً مع الفقهاء، كما سمع من كتاب لمولد النبي ﷺ من تأليف أبي بكر أحمد بن عمرو بن أبي العاصم الشيباني رواية الشيخ أبي بكر محمد بن الحارث الأصبهاني الإمام، عن أبي محمد عبد الله بن محمد بن جعفر بن حيّان، عن المصنف. وقد سمعه الغزالي من الشيخ أبي عبد الله محمد بن أحمد الخوارى مع ابنه الشيخين عبد الجبار وعبد الحميد، وجماعة من الفقهاء. أ.هـ.

قال الحافظ ابن عساكر: وسمع صحيح البخاري من أبي سهل محمد بن عبد الله الحفصي. أ. هـ. فلم يكتف الغزالي بما قرأه من الكتب وما سمعه من شيوخ الفقه والأصول والكلام والتصوف، وإنما اتجه نحو سماع الأحاديث من الحفاظ المتقنين، واستقدم لأجل ذلك بعض شيوخ الحديث لسمع عنهم. قال الحافظ أبو سعد بن السمعاني: واستدعى أبا الفتيان عمر بن أبي الحسن الرواسي الحافظ الطوسي، وأكرمه وسمع عليه صحيح البخاري ومسلم^(١). أ.هـ.

ولا شك أن هذا الكلام من محبيه وأصحاب مذهبه اعتذاراً عما فاتته من علم الحديث الذي قصر فيه، وظهر هذا التقصير واضحاً جلياً، شاهدة على ذلك مؤلفاته التي تنطق بعدم كمال هذه الملكة فيه، وإن كان باعه قد طال جملة من العلوم الشرعية واللغوية والكلامية التي ندم عليها في آخر عمره، رحمة الله عليه.

(١) انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٢١٠/٦) وما بعدها.

عقيدته: كان الإمام الغزالي على عقيدة أهل السنة والجماعة والسلف الصالح، وقد أخذ عقيدته من الكتاب والسنة، ووصل إليها بعقله بعد مجاهدة النفس والتقرب إلى الله تعالى، حيث وصل إلى برد اليقين والسكينة والاستقرار بعد رحلة طويلة وشاقة، وبعد صراعات مريرة مع النفس أدت إلى انتصاره عليها والخروج من الشك إلى اليقين الثابت والعلم المستقر المكين، حيث يقول: وأحكى له ما قاسيته في استخلاص الحق من بين اضطراب الفرق، مع تباين المسالك والطرق، وما استجرات عليه من الارتفاع من حضيض التقليد إلى بقاع الاستبصار^(١).

فقد وصل إلى أن الحق واليقين فيما نطق به الله ورسوله ﷺ، حيث يقول بعد هذه الرحلة: فقد ألقى الله تعالى إلى عباده على لسان رسوله ﷺ عقيدة هي الحق على ما فيه صلاح دينهم ودنياهم، كما نطق بمعرفته القرآن والأخبار^(٢).

ولقد لخص عقيدته في كتابه قواعد العقائد، حيث يقول: التنزيه وأنه ليس بجسم مصور، ولا جوهر محدود مقدر، وليس كمثله شيء، ولا هو مثل شيء، وأنه استوى على العرش، على الوجه الذي قاله، وبالمعنى الذي أراده، استواء منزهاً عن المماسية، والاستقرار، والتمكن، والحلول، والانتقال، وأنه لا يحل في شيء، ولا يحل فيه شيء، وأنه حي قادر، جبار قاهر، وأنه عالم بجميع المعلومات، وأنه مريد للكائنات، مدير للحادثات، فما شاء كان، وما لم يشأ لم يكن، ثم قال في آخره: وكل ذلك مما وردت به، وشهدت به الآثار، فمن اعتقد جميع ذلك موقناً به كان من أهل الحق، وعصابة السنة وفارق رهط الضلال والبدعة^(٣).

فعلى ضوء هذا، فعقيدته هي عقيدة السلف الصالح، لا تشبيه فيها، ولا تعطيل، ولا حلول، ولا اتحاد، بل هي مأخوذة من الكتاب والسنة باستثناء بعض المسائل التي وقع فيها وذل بسبب كثرة اشتغاله وتعمقه في علم الكلام الذي ذمه في آخر عمره وتبرأ منه، ومنع منه هذا المصنف كما سيمر عليك إن شاء الله من تعلمه، باستثناء رجل لكل بلد أو مصر ليحاجوا به المعطلة والملاحدة.

وقد ذكر بعض علماء أهل السنة المحققين بعض المسائل التي ذل فيها الإمام الغزالي

(١) انظر: المنقذ من الضلال (ص ٨٧).

(٢) المرجع السابق (ص ٩٨).

(٣) انظر: إحياء علوم الدين (١/ ٨٩)، تبين كذب المقتري (ص ٢٩٦ - ٣٠٦)، طقات الشاذلية الكبرى (٦/ ٢٢٧ - ٢٤٠).

والتمسوا له الأعذار والتأويلات، وأثنوا عليه خيراً، وحفظوا له مكاتبه وقدره، كالإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاويه.

* * *

رحلاته

١ - سفره إلى جرجان وقطع الطريق عليه

قرأ حجة الإسلام في صباه طرفاً من الفقه يبلده على أحمد بن محمد الراذكاني، وهي بلدة صغيرة بنواحي طوس، وبعد أن أكمل جزءاً من التعليم سافر إلى جرجان إلى الإمام أبي نصر الإسماعيلي، وكان يدون ما يتلقاه عنه من ملاحظات وفوائد فقهية في كراريس دون أن يحفظها، وسميت بالتعليقة.

وأعطاه هذا الإهمال في الحفظ درساً قاسياً كان سبباً كبيراً في تقدمه وبراعته، حيث قطع عليه الطريق وهو قافل إلى طوس، وأخذ اللصوص جميع ما معه، وانتزعوا منه المخلاة التي كان فيها كتبه وأوراقه ومذكراته، وقد حكى لنا الغزالي هذه الحادثة، وقال: فتبعتهم فالتفت إلى كبيرهم، وقال: ارجع وبحك وإلا هلكت، فقلت: أسألك بالذي ترجو السلامة منه أن ترد عليّ تعلقتي فقط، فما هي شيء تنتفعون به، فقال لي: وما هي تعلقتك؟ فقلت: كتب في تلك المخلاة، هاجرت لسماعها وكتابتها ومعرفة علمها، فضحك وقال: كيف تدعى أنك عرفت علمها وقد أخذناها منك فتجردت من معرفتها وبقيت بلا علم! ثم أمر بعض أصحابه فسلم إلى المخلاة.

قال الغزالي: فقلت: هذا مستنطق أنطقه الله ليرشدني به في أمري، فلما وافيت طوس أقبلت على الاشتغال ثلاث سنين حتى حفظت جميع ما علقت، وصرت بحيث لو قطع عليّ الطريق لم أجرد من علمي^(١).

٢ - سفره إلى نيسابور وملازمته إمام الحرمين

ثم خرج من طوس في رفقة جماعة من طلبة العلم قاصدين نيسابور كبرى مدن خراسان وأهمها، عامرة بالعلم والعلماء والثقافات الواسعة، ولازم إمام الحرمين، وحفظ القرآن، وجدّد واجتهد، حتى برع في المذهب، والخلاف، والجدل، والأصول، والمنطق، والحكمة، والفلسفة، وأحكم كل ذلك، وبلغ عمره آنذاك الثامنة والعشرين، وقد فهم كلام أرباب هذه العلوم، وتصدى للرد على مبطلهم، وإبطال دعاويهم، وصنف في كل

(١) انظر: طبقات ابن السبكي (١/١٩٥).

فن من هذه العلوم كتباً أحسن تأليفها، وأجاد وضعها وتصريفها^(١)، ولهذا اختاره إمام الحرمين ليكون مساعداً له، يعيد الدرس على زملائه ويعلمهم في غيبة الأستاذ أو في حضرته، وقد وصف إمام الحرمين كبار تلامذته، فقال: الغزالي بحر مفدق، وإلكيا أسد محرق، والخوافي نار تحرق^(٢).

٣ - سفره إلى بغداد

بعد وفاة أستاذه إمام الحرمين خرج الغزالي إلى المعسكر، وكان ميداناً فسيحاً بجوار نيسابور، أقام فيه نظام الملك معسكره، وكانت تلك الحضرة محط رجال العلم، ومقصد الأئمة الفصحاء وملاذهم^(٣)، فناظر الأئمة الكبار في مجلس نظام الملك وقهر الخصوم، وظهر كلامه عليهم، واعترفوا بفضله، وتلقاه نظام الملك بالقبول والتعظيم والتبجيل، وولاه تدريس مدرسته النظامية في بغداد، وطلب منه أن يتوجه إليها.

فلما قدم بغداد في شهر جمادى الأولى سنة (٤٨٤هـ)، وبدأ بالتدريس في هذه المدرسة العظيمة، وأعجب الخلق حسن كلامه، وكمال فضله وفصاحته ونكته الدقيقة، وإشارته اللطيفة وأجوبه، وأقبلوا عليه، وصار بعد إمامة خراسان إمام العراق، فبدأ بخدمة العلوم ونشرها بالتعليم والفتيا والتصنيف مدة، واتسعت حلقات درسه، فصار عظيم الجاه، عالي الرتبة، مسموع الكلمة، مشهور الاسم، تضرب به الأمثال، واشتهر بين الأنام بتصانيفه في الفقه والأصول، وكانت له مناظرات قوية دحض فيها آراء الفلاسفة والمعتزلة والرافضة والباطنية وغيرهم من أهل الفرقة والبدعة، فصار الشخصية العالمية الفذة، حتى أن فتاويه جازت كل حدود الخلافة الإسلامية وعاصمتها.

فما قتل نظام الملك على يد الباطنية في (١٤) من أكتوبر سنة (٤٨٥هـ) (١٠٩٢م)، وتوفي ملك شاه في (١٥) شوال من نفس العام، فقد الغزالي وأهل العلم نصيراً للعلم وأهله، لاسيما نظام الملك، فاعتزل ومرو بأزمة روحية استمرت ستة أشهر، ثم ترك التدريس بالمدرسة النظامية وسلك طريق التزهّد والانقطاع. قال عن نفسه في المنقذ من الضلال (ص ١٤٢ - ١٤٤): قلم أزل أتردد بين تجاذب شهوات الدنيا ودواعي الآخرة،

(١) انظر: الطبقات الكبرى (١٩٦/٦)، إتحاف السادة (٧/١)، الغزالي للدكتور رفاعي (٩٩/١)، المنقذ من الضلال (ص ٨٩).

(٢) انظر: الطبقات الكبرى (١٩٦/٦)، إتحاف السادة (٧/١)، الغزالي للدكتور رفاعي (٩٩/١)، المنقذ من الضلال (ص ٨٩).

(٣) انظر: الطبقات الكبرى (٢٠٥/٦).

قريباً من ستة أشهر أولها رجب سنة (٤٨٨هـ)، وفي هذا الشهر جاوز الأمر حد الاختيار إلى الاضطرار، إذ قفل الله على لساني حتى اعتقل عن التدريس، فكنت أحاهد نفسي أن أدرس يوماً واحداً تطيباً للقلوب المختلفة إلى، فكان لا ينطق لساني بكلمة واحدة، ولا أستطيعها البتة، حتى أورثت هذه العقلة في اللسان حزناً على القلب، حتى قطع الأطباء طمعهم من العلاج، ثم لما أحسست بعجزى وسقط بالكلية اختياري، التحأت إلى الله تعالى التجاء المضطر الذي لا حيلة له، فأجابني الذي يجيب المضطر إذا دعاه، وسهل على قلبي الإعراض عن الجاه والمال والأولاد والأصحاب، وأظهرت عزم الخروج إلى مكة وأنا أدبر في نفسي سفر الشام حذراً أن يطلع الخليفة وحمله الأصحاب على عزمي في المقام بالشام، فتلطفت بلطائف الحيل في الخروج من بغداد على عزم ألا أعودها أبداً، ففارقت بغداد، وفرقت ما كان معي من المال، ولم أدخر إلا قدر الكفاف، وقوت الأطفال ترخصاً بأن مال العراق مرصد للمصالح لكونه وقفاً على المسلمين. أ.هـ.

٤ - سفره إلى الشام وبيت المقدس

ودخل الإمام الغزالي دمشق بعدما استتاب أخاه أحمد في التدريس بنظامية بغداد في بداية سنة (٤٨٩هـ)، وقد مكث في مسجدها معتكفاً فترة في منارتها الغربية مغلقاً بابها على نفسه منعزلاً، منزوياً، مقبلاً على الله تعالى، ثم سافر إلى بيت المقدس، أعاده الله تعالى وكل ديار المسلمين إلى المسلمين، يدخل كل يوم الصخرة مغلقاً بابها على نفسه، ثم زار قبر سيدنا إبراهيم الخليل، عليه السلام، ودعا ربه هناك، وقطع على نفسه عهداً، قال: نذرت ثلاث:

الأول: أن لا أقبل من أي سلطان مال.

الثاني: أن لا أذهب إلى سلام أي سلطان.

الثالث: أن لا أناظر أحداً أبداً^(١). أ.هـ.

وقد حافظ الإمام الغزالي على تلك العهود رغم إلحاح الخليفة والوزراء عليه بأن يعود إلى رئاسة المدرسة النظامية ببغداد، فكان يطيل الاعتذار والتهرب من ذلك، وكانت له ضيعة في طوس تُدر عليه دخلاً قليلاً يكفي معيشته وأطفاله مع المبالغة في الاقتصاد والقناعة.

ثم ذهب لأداء فريضة الحج والعمرة، ثم عاد إلى دمشق ثانية واعتكف بالمنارة الغربية

(١) انظر: فضائل الأنام في رسائل حجة الإسلام (ص ٨٥).

من الجامع الأموى، يعيش حياة الزهد والورع والتقشف، يلبس الخشن، ويتقلل فى مطعمه ومشربه، وهناك ألف أهم وأغلب مؤلفاته، مثل إحياء علوم الدين، ومختصراته، ورسائله.

٥ - زيارته لمصر والإسكندرية

ثم غادر دمشق بجول فى البلاد حتى دخل مصر، وتوجه منها إلى الإسكندرية، فأقام مدة. وقيل فى سبب مغادرته دمشق: أنه دخل يوماً للمدرسة الأمينية، فوجد المدرس يقول: قال الغزالي وهو يدرس كلامه، فخشى على نفسه العجب، ففارق دمشق وأخذ بجول فى البلاد.

وقيل: إنه عزم على المضى إلى السلطان يوسف بن تاشفين سلطان المغرب من عدله، قبله موته^(١). وقيل: إنه أراد بزيارة مصر زيارة مسجد إمامه الأعظم محمد بن إدريس الشافعى وضريحه، وترب السيدة نفيسة والسيدة زينب من أحفاد سيدنا على، كرم الله وجهه، والإمام الليث، والمزنى، وغيرهم.

ولا شك أن هذا القصد خطير لا يقصده عالم بالسنة؛ لحديث «لا تشد الرحال» وغيره، وقد يكون ذلك من الإمام الغزالي فى فترة الشكوك والأوهام، وقبل أن يحقق له اليقين الكامل والصفاء الحقيقى، حيث مضى على ذلك أكثر من عشر سنين كما ذكر هو عن نفسه فى المنقذ من الضلال (ص ١٤٤)، وسيمر عليك فى هذا المصنف، الوسيط فى المذهب، كلامه على شد الرحال، وأنه منع القصد إلى غير المساجد الثلاثة، ولم يمنع الزيارة، وهذا صحيح عند أهل السنة.

والحق الذى أراه اللائق بهذا الإمام العظيم، والمنطق السليم، أنه لم يسافر إلى مصر لمقابلة السلطان يوسف بن تاشفين سلطان المغرب لأسباب، الأول والأهم: عهده الذى قطعه على نفسه: أن لا أذهب إلى سلام أى سلطان، وقد وفى واحتال فى الخروج من الجاه الواسع الذى كان فيه فى بغداد، فما قيل عنه فى قصد هذه المقابلة ضعيف جداً.

أما السبب الثانى: فقد ثبت أن يوسف بن تاشفين توفى سنة (٥٠٠هـ)، والغزالي كان فى نيسابور، من أجل ذلك شكك البعض فى زيارة الغزالي إلى مصر أصلاً، ووصفوها بأنها أسطورة زائفة^(٢)، وإنما كان سقره للعزلة والبعد عن الشهرة والجنوح إلى سكون الوحدة.

(١) انظر: طبقات ابن السبكي (١٩٩/٦).

(٢) انظر: مؤلفات الغزالي (ص ٢٣) وما بعدها.

٦ - عودته إلى بغداد ثم إلى طوس

ثم طاف البلاد مرة أخرى، وأخذ يجول حتى مر ببغداد في طريقه إلى خراسان، ونزل رباط أبي سعيد النيسابوري المواجه لنظامية بغداد، ولكنه لم يستأنف التدريس بها ولم يقيم طويلاً ببغداد، وإنما توجه إلى خراسان، فعاد إلى وطنه طوس ملازماً بيته، مشغلاً بالتفكير، ملازماً للوقت، وظهert على أثرها تصانيفه، إلى أن كلفه فخر الملك بالتدريس في نظامية نيسابور (٤٩٩هـ)، وكان بين تركه التدريس بنظامية بغداد إلى معاودته التدريس بنظامية نيسابور قرابة إحدى عشر سنة^(١)، وقد نوى بهذه العودة إظهار ما اشتغل به هداية للناس، وإفادة القاصدين دون الرجوع إلى ما انخلع عنه وتحرر من رقه من طلب الجاه، وممارسة الأقران، ومكابرة المعاندين، وكم فرع عصاة بالخلاف، والوقوع فيه والظعن فيما يذره ويأتيه والتشنيع عليه، فما تأثر به، ولا اشتغل بجواب الطاعنين، ولا أظهر استيحاشاً بغرة المخلصين، وقد تغير حاله بالضد على التمام.

قال ابن الجوزي نقلاً عن الرزاز، قال: دخل أبو حامد الغزالي بغداد فقومنا ملبوسه ومركوبه خمسمائة دينار، فلما تزهد وسافر وعاد إلى بغداد، فقومنا ملبوسه خمسة عشر قيراطاً^(٢).

ثم ترك الغزالي التدريس بنيسابور وعاد إلى بيته، واتخذ في جواره مدرسة لطلبة العلم، وخانقاه للصوفية، وكان قد وزع أوقاته على وظائف الحاضرين، من ختم القرآن ومجالسة أهل القلوب، والقعود للتدريس، بحيث لا تخلو لحظة من لحظاته ولحظات من معه عن فائدة^(٣).

ثم بعث إليه نظام الدين أحمد بن صاحب الشهيد نظام الملك وزير العراق رسالة يطلب فيها بالخاص عودة الإمام الغزالي إلى مدرسة بغداد، وذلك بعد وفاة الإمام شمس الإسلام أبي الحسن إلكيا الهراسي مدرس النظامية في سنة (٥٠٤هـ)^(٤).

وقد بعث حجة الإسلام برسالة إلى الوزير بين فيها اعتذاره عن الاستجابة للتدريس بنظامية بغداد سنة (٥٠٤هـ)، وقد حوت هذه الرسالة كلاماً في غاية الأهمية والموعظة الحسنة والتجرد الخالص لله تعالى، وقد تعلل فيها بأنه يحضره قريب من مائة وخمسين

(١) انظر: طبقات ابن السبكي (٢٠٧/٦).

(٢) انظر: المنتظم (١٧٠/٩).

(٣) انظر: طبقات ابن السبكي (٢١٠/٦)، البداية والنهاية (١٧٣/١٢)، مرآة الزمان (٤١/٨).

(٤) انظر: فضائل الأئمة في رسائل حجة الإسلام (ص ٧٦).

طالباً ورعاً، فنقلهم إلى بغداد متعذراً، وإعمالهم والتفريط فيهم على أمل الحصول على العدد الزائد غير جائز، وتعذر أيضاً بالأهل والأولاد وأن تركهم غير جائز حتى لا تنحرح قلوبهم.

وقد نقلت الرسالة عللاً أخرى، وذكر فيه عهده الذى قطعه على نفسه أمام ربه عند قبر الخليل، عليه السلام^(١).

هذا وقد عاد الغزالي بعد عزلته وخلوته التى استغرقت إحدى عشرة سنة، عاد إلى المجتمع كاشفاً لعيوبه، ومبيناً أخطائه ومصلحاً لعيوبه الخفية والظاهرة، فلم يبق معزولاً، ولم يعش مشتغلاً بالعبادات التى هى الشعيرة، بل كان تام الدين عاملاً بما فيه شعيرة وشريعة، فكان ورعاً متعبداً، وسيفاً بلسانه وقلمه مناضلاً مريراً فى إصلاح أخطاء السلاطين والأمراء والوزراء وعامة الشعب بجرأة وشجاعة، فكشف عن أحوالهم وبين فى كثير من رسائله لهم ما يقع فى عصرهم من ظلم واضطهاد، ونبههم على أن مستقبلًا مظلمًا ينتظرهم إن لم يرفعوا هذا الظلم والاضطهاد، كما طلب منهم أن يزيلوا البدع، كما قال لفخر الملك: من كانت النعمة فى حقه سعادة هى أن يوفقه الله للإحسان مع خلقه ويعطيه كمال العقل والدين إلى درجة يقطع معها كل ما يرى من ظلم وتعسف، ويدفع عواقب البدعة من أكناف الدين^(٢).

* * *

الغزالي وعلم الكلام

لقد لخص الغزالي رأيه فى علم الكلام فى كتابه إحياء علوم الدين، بأن علم الكلام يشتمل على أدلة، منها القرآن الكريم، والأخبار، ومنها ما أخذ من غيرهما.

فالمنتفع به هو القرآن والسنة وغيرهما، إما بمجادلة مذمومة، وهى من البدع كما سيأتى بيانه، وإما مشاغبة بالتعلق بمناقضات الفرق لها، وتطويل بنقل المقالات التى أكثرها تراها وهذيانا تزدريها الطباع وتمحجها الأسماع، وبعضها خوض فيما لا يتعلق بالدين، ولم يكن شىء منه مألوفاً فى العصر الأول، وكان الخوض فيه بالكلية من البدع، ولكن تغير الآن حكمه، إذ حدثت البدعة الصارفة عن مقتضى القرآن والسنة، ونبغت جماعة لفقوا لها شبهاً ورتبوا فيها كلاماً مؤلفاً، فصار ذلك المحذور بحكم الضرورة مأذوناً فيه، بل صار من فروض الكفايات، وهو القدر الذى يقابل به المبتدع إذا

(١) انظر: الرسالة فى رسائل الإمام الغزالي (ص ٨٢).

(٢) انظر: رسائل حجة الإسلام (ص ٧٣، ٧٤).

قصد الدعوة إلى البدعة، وذلك إلى حد محدود^(١).

ويقول في المنقذ من الضلال: وإنما مقصوده حفظ عقيدة أهل السنة وحراستها عن تشويش أهل البدعة، فقد ألقى الله تعالى إلى عباده على لسان رسوله، عقيدة هي الحق على ما فيه صلاح دينهم ودنياهم، كما نطق بمعرفته القرآن والأخبار، ثم ألقى الشيطان في وساوس المبتدعة أموراً مخالفة للسنة، فلهجوا بها، وكانوا يشوشون عقيدة الحق على أهلها، فأنشأ الله تعالى طائفة المتكلمين، وحرك دواعيهم لنصرة السنة بكلام مرتب يكشف عن تلبسات أهل البدعة والمحدثنة على خلاف السنة الماثورة، فمنه نشأ علم الكلام وأهله.

وقال: فلم يكن الكلام في حقي كافياً، ولا لدائي شافياً، وقال: وأما منفعة فقد يظن أن فائدته كشف الحقائق، ومعرفتها على ما هي عليه، هيهات، فليس في الكلام وفاء بهذا المطلب الشريف، ولعل التخبط والتضليل فيه أكثر من الكشف والتعريف، وأن الطريق إلى حقائق المعرفة في هذا الوجه مسدود^(٢).

وقال: ثم إنني ابتدأت، بعد الفراغ من علم الكلام، بعلم الفلسفة، وعلمت يقيناً أنه لا يقف على فساد نوع من العلوم من لا يقف على منتهى ذلك العلم حتى يساوى أعلمهم في أصل ذلك العلم، ثم يزيد عليه ويجاوز درجته، فيطلع على ما لم يطلع عليه صاحب العلم من غوره وغائله، وإذا ذاك يمكن أن يكون ما يدعيه من فساده حقاً. أ.هـ.

ثم ساق رأى الإمام أحمد في أن رد البدعة يحتاج إلى إعادة البدعة نفسها في الجواب، فحينئذ لا يؤمن من أن يغتر بها المطالع دون الجواب. أ. هـ. فعلق عليه حجة الإسلام بقوله: وما ذكره الإمام أحمد حق، ولكن في شبهة لم تنتشر ولم تشتهر، فأما إذا انتشرت، فالجواب عنها واجب، ولا يمكن الجواب عنها إلا بعد الحكاية^(٣).

* * *

شيوخه

سبق أن قلنا إن أباه أوصى به وبأخيه أحمد إلى صديق له صوفى أن يقوم هو بتعليمهما وينفق عليهما ما تركه لهما، ولم تذكر المصنفات التي ذكرت حياة الغزالي هل هذا الرجل الصوفى علمهما بنفسه أم أنه استأجر أحد العلماء لذلك حتى نقد المال، ولم

(١) انظر: إحياء علوم الدين (٢٢/١).

(٢) انظر: المنقذ من الضلال (ص ٩٦ - ١٠١)، إحياء علوم الدين (٢٢/١).

(٣) انظر: المنقذ من الضلال (ص ١٠٣ - ١٣١).

تذكر اسم هذا الرجل الصوفي، ولا المدرسة التي تلقى فيها الغزالي وأخوه بعد مرحلة الإقامة عند الصوفي، وكل ما ذكر أنه قرأ يلبدة طوس على أستاذه أحمد بن محمد الراركانى الطوسى، ثم أستاذه فى جرجان أبى القاسم إسماعيل بن مسعدة الإسماعيلي.

مرحلة تعليمه الكبرى مع إمام الحرمين

وكانت عند انتقاله إلى نيسابور حيث لازم أستاذه وشيخه إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوينى النيسابورى أبو المعالى إمام الحرمين، المدقق المحقق، الناظر الأصولى المتكلم، البليغ، الفصيح، الأديب، زينة المحققين، ولد فى جوين من قرى نيسابور فى ثامن عشر المحرم سنة (٤١٩هـ)، واعتنى به والده من صغره، وقالوا: اعتنى به قبل مولده، حيث حرص على أن لا يأكل هو ولا زوجته إلا المال الحلال الذى جمعه من كسب يده، ثم أخذ الإمام الفقه عن والده، وجد واجتهد فى المذهب والخلاف والأصولين وغيرها حتى شاع اسمه، وصار إلى ما صار إليه وسلك طريق البحث والنظر والتحقيق، بحيث أربى على كثير من المتقدمين، وسعى فى دين الله سعيًا، فبقى أمره إلى يوم الدين، وقد سمع الحديث من الكثيرين، فأجاز له الحافظ أبو نعيم.

قال العلامة ابن السبكي: ولا يشك ذو خبرة أنه كان أعلم أهل الأرض بالكلام والأصول والفقه، وأكثرهم تحقيقًا. أ.هـ.

وسمى بإمام الحرمين؛ لأنه حج وجاور بمكة أربع سنين يدرس ويفتى ويبحث فى العبادة ونشر العلم، كما بقى فى المدينة المنورة فترة حتى أصبح إمام علمائهما، ثم عاد إلى نيسابور بعد ولاية السلطان ألب أرسلان وبنيت له المدرسة النظامية بنيسابور، وأقعد للتدريس، وبقى يدرس فيها قرينًا من ثلاثين سنة إلى أن وافته المنية فى سنة (٤٧٨هـ)، من مؤلفاته: نهاية المطلب فى دراية المذهب.

قال ابن السبكي: لم يصنف فى المذهب مثلها. أ.هـ. حيث إنها فى اثنى عشر مجلدًا. ومن مؤلفاته أيضًا: الشامل فى أصول الدين، والبرهان فى أصول الفقه، وغير ذلك.

هذه هى سيرة الإمام الجوينى إمام الحرمين بكل اختصار^(١)، هذا هو الجامعة الكبرى التى نهل منها الإمام الغزالي علومه، لقد كان لإمام الحرمين الدور الأكبر فى تعليم الغزالي وتدريبه على المران فى مختلف العلوم والمناظرة فيها، فقد أذن له حتى فى حياته أن

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٦٥/٥ - ٢٢٢)، تبين كذب المفترى (ص ٢٧٨)، وفيات الأعيان (٢٨٧/٢)، النجوم الزاهرة (١٢٦/٥)، المنتظم (١٨/٩)، الأعلام (٣٠٦/٤).

يجلس على كرسيه، يعيد درس إمامه على زملائه، ويدرس للطلبة في غيبته^(١).

درسته للحديث

كل من اطلع على مؤلفات الإمام الغزالي يعلم أن الإمام الغزالي لم يكن له ساع في هذا العلم، وقد علق عليه كثير من العلماء المحققين، مع الاعتراف له بالإمامة والفضل في كثير من العلوم غير علم الحديث، ولم ينسب إليه علم الحديث إلا أئمة الشافعية على عادة التعصب المذهبي، فقد ذكروا أنه، رحمه الله، أخذ الحديث عن أبي سهل محمد بن أحمد الحفصي المروزي، حيث سمع عنه صحيح البخاري، وعن الحاكم أبي الفتح نصر ابن علي بن أحمد الحاكمي الطوسي، وعن أبي محمد عبد الله بن محمد بن أحمد الخواري، من خوار طهران، وعن محمد بن يحيى بن محمد الزوزني، وعن الحافظ أبي الفتيان عمر بن أبي الحسن الرؤاسي الدهستاني، وعن نصر بن إبراهيم المقدسي^(٢).

شيخه في التصوف

أما شيخه في التصوف، فهو الإمام الزاهد أبو علي الفضل بن محمد بن علي الفارمذي الطوسي، نسبة إلى فارمذ إحدى قرى طوس، ولد سنة (٤٠٧هـ)، ثم سمع من أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن باكويه الشيرازي، وأبي منصور التميمي، وأبي عثمان الصابوني وغيرهم، وأخذ التصوف عن زين الإسلام أبي القاسم القشيري، فقد اعتنى به القشيري ولاحظه بعين العناية، ومارس في مدرسة القشيري أنواعاً من الخدمة، وقعد سنين في التفكير.

قال ابن السمعاني: كان لسان خراسان وشيخها وصاحب الحسنة من تربية المريدين والأصحاب، وكان مجلس وعظه روضة فيها أنواع من الأزهار توفي بطوس سنة (٤٧٧هـ)^(٣)، صحبه الغزالي وتأثر بطريقته.

قال السيد المرتضى: فهؤلاء شيوخه في العلوم الثلاثة، أي الفقه والحديث والتصوف، ولم أطلع على أسماء شيوخه الذين قرأ عليهم في الكلام والجدل، وأما علوم الفلسفة،

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٩٦/٦)، إتحاف السادة (١٩/١)، مقدمة شفاء الغليل للأستاذ الدكتور أحمد الكبيسي (ص ١٢ - ١٥).

(٢) انظر: إتحاف السادة (١٩/١)، طبقات الشافعية (٢١٤/٦).

(٣) انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣٠٤/٥ - ٣٠٦)، شذرات الذهب (٣٥٥/٣)، العبر (٣٨٨/٣)، الأنساب (١٤١٦).

فلا شيخ له فيها كما صرح بذلك في كتابه المنقذ من الضلال^(١).

تلامذته

إن إماماً كالإمام الغزالي من الصعب أن يحصى له أحد تلامذة، وذلك لاجتماع خلق كثير عليه في أكثر من بلد، ولقد قال الإمام أبو بكر بن العربي: رأيت، أي الغزالي، ببغداد يحضر مجلس درسه نحو أربعمئة عمامة من أكابر الناس وأفاضلهم يأخذون عنه العلم^(٢). وقال في رسالته لضياء الملك في حق أحد تلامذته إبراهيم السباك: وهذا العالم قضى في صحبتي قرابة عشرين سنة في طوس ونيسابور وبغداد، وقد مر على أكثر من ألف طالب من طلبة العلم^(٣). وقال: إنما مبتلى بالتدريس والإفادة لثلاثمئة نفس من الطلبة ببغداد^(٤).

وهكذا تخرج على يديه كثير ممن نهلوا من مدرسته، ومن هؤلاء:

١ - السيد المرتضى^(٥).

٢ - إبراهيم بن مظهر الجرجاني أبو طاهر السباك، حضر دروس إمام الحرمين بنيسابور، ثم صحب الغزالي وسافر معه إلى العراق والحجاز والشام، ثم عاد إلى وطنه بمرجان، وأخذ في التدريس والوعظ، وظهر له القبول، وبنيت له مدرسة، قتله الباطنية فمات شهيداً سنة (٥١٣هـ)^(٦).

٣ - القاضي أبو نصر أحمد بن عبد الله بن عبد الرحمن الحمقري البهونسي، نسبة إلى بهونة إحدى قرى مرو، حيث تفقه على حجة الإسلام بطوس وسمع الحديث من آخرين، فكان إماماً، فاضلاً، متفتناً، مناضراً، مبرزاً، عارفاً بالأدب واللغة، ولد سنة (٤٦٦هـ)، وتوفي سنة (٥٤٤هـ)^(٧).

٤ - الحسن بن نصر بن محمد الجهنى الموصلى، تفقه على الغزالي، وسمع من طراد

(١) انظر: المنقذ من الضلال (ص ١٠٣)، إتحاف السادة (١٩/١).

(٢) انظر: شذرات الذهب (١٣/٤).

(٣) انظر: فضائل الأنعام في رسائل حجة الإسلام (ص ٧٢).

(٤) انظر: المنقذ من الضلال (ص ١٠٤).

(٥) انظر ترجمته في: إتحاف السادة المتقين (٤٤/١).

(٦) انظر: إتحاف السادة (٤٤/١)، طبقات الشافعية (٣٦/٧)، فضائل الأنعام في رسائل حجة الإسلام (ص ٧٢).

(٧) انظر: إتحاف السادة (٤٤/١)، طبقات الشافعية الكبرى (٢٠/٦).

الزبني وغيره، ولي قضاء رحبة مالك بن طوق، ولد سنة (٤٦٦هـ)، وتوفي سنة (٥٥٢هـ)^(١).

٥ - الإمام العلامة أبو الفتح أحمد بن علي بن محمد بن برهان، الأصولي، كان على مذهب أحمد، ثم انتقل إلى المذهب الشافعي، وتفقه على الشاشي والعزالي وإلكيا الهراسي، ولد في سنة (٤٧٩هـ)، وتوفي سنة (٥١٨هـ)^(٢).

٦ - خلف بن أحمد. قال ابن السبكي: إمام فاضل من أصحاب الغزالي، له عنه تعلية، ذكره ابن الصلاح في شرح مشكل الوسيط، وقال: بلغني أنه توفي قبل الغزالي^(٣).

٧ - دغش بن علي النعيمي أبو عامر الموقفي، خرج إلى طوس، وأقام عند الغزالي مدة، وأخذ عنه، توفي سنة (٥٤٢هـ)^(٤).

٨ - الرضي بن مهدي بن محمد الزيدي، ذكره صاحب طبقات الزيدية أنه ارتحل إلى عتبة أبي حامد، وتلمذ عليه، وروى عنه كل مصنفاته^(٥).

٩ - رستم بن سعد بن سلمك الخواري أبو الوفا بن أبي هاشم، قاضي خوار الري، ورد بغداد في أيام الغزالي، وتفقه عليه، ولد سنة (٤٦٤هـ)، ولم يذكر له وفاة^(٦).

١٠ - سعد الخير بن محمد بن سهل بن سعد الأنصاري البلسي المحدث، تفقه ببغداد على الغزالي وغيره، وجمال البلاد طلباً للعلم حتى دخل الصين، توفي سنة (٥٤١هـ)^(٧).

١١ - سعيد بن محمد بن عمر بن منصور الرزاز، من كبار أئمة بغداد فقهاً وأصولاً وخلفاء، تفقه على الغزالي وجماعة من أهل العلم، ولد سنة (٤٦٢هـ)، وتوفي سنة (٥٣٩هـ)^(٨).

(١) انظر: إتحاف السادة (٤٤/١)، طبقات الشافعية (٨١/٧)، اللباب (٢٥٩/١).

(٢) انظر: طبقات الشافعية (٣٠/٦)، إتحاف السادة (٤٤/١).

(٣) انظر: طبقات الشافعية (٨٣/٧)، إتحاف السادة (٤٤/١).

(٤) انظر: إتحاف السادة (٤٥/١).

(٥) انظر: طبقات الزيدية (٤١٤، ٤١٥)، مقدمة شفاء الغليل (ص ٢١).

(٦) انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٨٤/٧)، الطبقات الوسطى (٨٤/٧، ٨٥).

(٧) انظر: طبقات الشافعية (٩٠/٧)، شذرات الذهب (١٢٨/٤)، العبر (١١٢/٤)، إتحاف السادة (٤٥/١).

(٨) انظر: طبقات الشافعية (٩٣/٧)، البداية والنهاية (٢١٩/١٢)، إتحاف السادة (٤٥/١).

١٢ - شافع بن عبد الرشيد بن القاسم أبو عبد الله الجيلي، تفقه على إلكيا والغزالي، وسمع بالبصرة أبا عمر السمعاني، ولد في سنة (٤٦٧هـ)، وتوفي سنة (٥٤١هـ)^(١).

١٣ - عامر بن دغش بن حصن أبو محمد الأنصاري، من أهل حوران، تفقه على الغزالي، ولد في سنة (٤٥٠هـ)، وتوفي سنة (٥٣١هـ)، روى عنه الحافظ ابن عساكر^(٢).

١٤ - عبد الكريم بن علي بن أبي طالب، الأستاذ أبو طالب الرازي، تفقه على الغزالي وإلكيا وغيرهما، كان يحفظ الإحياء، توفي في سنة (٥٢٢هـ)، قبلها أو بعدها بسنة^(٣).

١٥ - علي بن محمد بن حمويه بن محمد أبو الحسن الصوفي الجويني، صاحب الغزالي بطوس وتفقه عليه، وروى الحديث عن عبد الغفار الشيرازي^(٤).

١٦ - علي بن المطهر بن مكي بن مقلص أبو الحسن الدينوري، من كبار تلامذة الغزالي، سمع الحديث من ابن البطر وطبقته، وروى عنه ابن عساكر، توفي في رمضان سنة (٥٣٣هـ)^(٥).

١٧ - علي بن مسلم بن محمد السلمي، أبو الحسن جمال الإسلام، لازم الإمام الغزالي مدة مقامه بدمشق بعدما تفقه أولاً على القاضي أبي المظفر المروزي، ثم على الفقيه نصر المقدسي، توفي ساجداً في صلاة الفجر سنة (٥٣٣هـ)^(٦).

١٨ - أبو منصور محمد بن أسعد بن محمد بن الحسين بن القاسم العطاري الطوسي الواعظ، تفقه بطوس وأتقن المذهب على الغزالي، وسمع من البغوي، وحدث عنه بشرح السنة ومعالم التنزيل، توفي سنة (٥٧٣هـ)^(٧).

(١) انظر: طبقات الشافعية (١٠١/٥)، البداية والنهاية (٢٢٢/١٢).

(٢) انظر: طبقات الشافعية (١٧٩/٧).

(٣) قال صاحب إتحاف السادة: توفي سنة ٥٢٨هـ. انظر: إتحاف السادة (٤٥/١)، طبقات الشافعية (١٧٩/٧).

(٤) انظر: طبقات الشافعية (٢٣٠/٧)، إتحاف السادة (٤٥/١).

(٥) انظر: طبقات الشافعية (٢٣٧/٧)، إتحاف السادة (٤٥/١).

(٦) انظر: طبقات الشافعية (٢٣٥/٧ - ٢٣٧)، تبين كذب المفترى (ص ٣٢٦)، شذرات الذهب (١٠٢/٤)، إتحاف السادة (٤٥/١).

(٧) انظر: طبقات الشافعية (٩٢/٦، ٩٣)، إتحاف السادة (٤٤/١).

١٩ - العلامة محمد بن أسعد بن محمد النوقاني الملقب بالسديد، تفقه على العزالي، قتل في مشهد الرضا في ذي القعدة سنة (٥٥٦هـ)^(١).

٢٠ - أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن تومرت الملقب بالمهدي المصمودي المعري، صاحب دعوة سلطان المغرب عبد المؤمن بن علي، وله قصة معروفة ادعى فيها أنه محمد ابن عبد الله المهدي المعصوم، واجتمع حوله خلق وبسط يده للمبايعة فبايعوه، وملك عدة بلاد لصاحبه السلطان عبد المؤمن، حتى أصبح ملك المغرب، ووقعت له مع ملوك المغرب أمور ليس هنا موضعها، توفي سنة (٥٢٨هـ)^(٢).

٢١ - أبو حامد محمد بن عبد الملك بن محمد الجوسقاني الإسفرايني، تفقه على الإمام الغزالي ببغداد^(٣).

٢٢ - محمد بن عبد الله بن أحمد، المعروف بالقاضي أبي بكر بن العربي المعافري الإشبيلي، المالكي، تفقه وتربى على والده بإشبيلية، وقرأ القراءات، ورحل إلى مصر فأخذ من علمائها، وإلى الشام فأخذ من الفقيه أبا نصر المقدسي، وأبا سعيد الزنجاني، وصحب الغزالي وتلمذ على يديه، ولد سنة (٤٦٨هـ)، وتوفي سنة (٥٤٣هـ) في مراكش^(٤).

٢٣ - أبو عبد الله محمد بن علي بن عبد الله العراقي البغدادي، تفقه على حجة الإسلام، وإلكيا، والشاشي، وبقي إلى ما بعد سنة (٥٤٠هـ)^(٥).

٢٤ - أبو سعيد محمد بن علي بن عبد الله بن أحمد بن حمدان الجاواني، نسبة إلى جاوان قبيلة من الأكراد سكنوا الحلة، الكردي، تفقه على الغزالي والشاشي وإلكيا، ولد سنة (٤٦٨هـ)، ولم يؤرخ له وفاة^(٦).

٢٥ - الإمام أبو سعيد محمد بن يحيى بن منصور النيسابوري، من أشهر تلامذة

(١) انظر: طبقات الشافعية (٩٤/٦)، إتحاف السادة (٤٤/١)، وفيه أن وفاته سنة ٥٤٤هـ.

(٢) انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٠٩/٦ - ١١٧)، النجوم الرامرة (٢٥٤/٥)، العبر (٥٧/٤)، إتحاف السادة (٤٤/١).

(٣) انظر: طبقات الشافعية (١٤٧/٦)، إتحاف السادة (٤٤/١).

(٤) انظر: الرفيات (٤٨٩/١)، البداية والنهاية (٢٢٨/١٢)، الديباج المذهب (ص ٢٨١)، مقدمة العواصم من القواصم لمحِب الدين الخطيب.

(٥) انظر: طبقات الشافعية (١٥٣/٦)، إتحاف السادة (٤٤/١).

(٦) انظر: طبقات ابن السبكي (١٥٢/٦، ١٥٣)، إتحاف السادة (٤٤/١).

الغزالي، ولد سنة (٤٧٦هـ)، وتوفي سنة (٥٤٨هـ) في واقعة الغز^(١).

٢٦ - مروان بن علي بن سلامة بن مروان الطنزي، نسبة إلى طنزة وهي قرية من ديار بكر، تفقه ببغداد على الغزالي والشاشي، وسمع من طراد الريني، ورزق الله التيمى وغيرهما، ثم عاد إلى بلده، واتصل بالملك زنكي بن آق سنقر صاحب الموصل، وصار وزيراً له، وحدث، وروى عنه الحافظ ابن عساكر وغيره، توفي سنة (٥٤٠هـ)^(٢).

٢٧ - نصر بن محمد بن إبراهيم الأذريجاني المراغي الصوفي، حكى عن أبي حامد الغزالي وغيره، وروى عنه أبو سعد بن السمعاني^(٣).

* * *

مؤلفات الإمام الغزالي

قام كثير من المحققين والباحثين والمستشرقين بالنظر في ما كتبه الغزالي وما نسب إليه من مؤلفات، حيث إنه ألف كثيراً من الكتب في مختلف العلوم، خاصة في فترة عزله وانقطاعه، فألف بالعربية والفارسية.

قال المناوي: نقل النووي في بستانه عن شيخه النغليسي، قال نقلاً عن بعضهم: إنه أحصيت كتب الغزالي التي صنفها ووزعت على عمره، فخص كل يوم أربعة كراريس. قلت: وهذا من قبيل نشر الزمان لهم، وهو من أعظم الكرامات^(٤).

وقال السيد مرتضى: ثم إن الإمام الغزالي له تصانيف في غالب الفنون، حتى في علوم الحرف وأسرار الروحانيات وخواص الأعداد، ولطائف الأسماء الإلهية وغيرها^(٥).

ولكثر ما ألف الإمام الغزالي دس عليه بعض المغرضين الحاقدين والحسدة المتعصبين عليه في حياته كما ذكر هو بنفسه، وبعد موته كثر هذا الدس عليه، مما حث ذلك الكثير من المتقدمين والمعاصرين من المسلمين والمستشرقين بالعناية بكتبه وتصفية الكوادر عنها، ومن أهم هذه المؤلفات التي ألقت في ذلك، كتاب طبعه المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة في سنة (١٩٦١م)، تأليف الأستاذ عبد

(١) انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٥/٧ - ٢٨)، إتحاف السادة (٤٤/١).

(٢) انظر: طبقات الشافعية (٢٩٥/٧)، إتحاف السادة (٤٥/١)، خريدة القصر (٤٠٧/٢) قسم شعراء الشام.

(٣) انظر: إتحاف السادة (٤٤/١، ٤٥).

(٤) انظر: إتحاف السادة (٢٧/١).

(٥) انظر: إتحاف السادة (٢٧/١).

الرحمن بدوى، حيث جمع فيه مؤلفات الغزالي وما نسب إليه من خلال ما كتبه علماء التراجم، فبلغت (٤٥٠) كتاباً ورسالة، وقد رتب كتابه على سبعة أقسام، خصص الأول لمؤلفات الغزالي المقطوع بصحتها، ثم القسم الثانى ويشتمل على المؤلفات المشكوك فى نسبتها للغزالي، والثالث فى الكتب التى يرجح أنها ليست له، ومعظمها فى السحر والطلسمات، وهكذا حتى بقية الأقسام، ثم ضمن الكتاب فوائد أخرى فى غاية الأهمية كإحصائه لما تيسر من معرفته من مخطوطات للغزالي ومواقع وجودها، وما نشر منها، وطبع وسنة الطباعة وغير ذلك مما يفيد كل باحث عند الرجوع إليه.

وهذه هى أهم مؤلفاته:

أصول الفقه

١ - المنحول من تعليق الأصول: وهو أول كتاب له فى أصول الفقه، دون فيه ما تعلمه من إمامه الجوينى، فقال: إنه النهاية فى الوفاء بطريقة إمامى فخر الإسلام إمام الحرمين قدس الله روحه^(١). ويقول فى آخر المنحول: إنه اقتصره على ما ذكره إمام الحرمين، رحمه الله، فى تعليقه من غير تبديل وتزويد فى المعنى وتقليل.

والكتاب نشر محققاً وتوجد منه نسخة فى دار الكتب المصرية تحت رقم (١٨٨) أصول فقه، وأخرى فى الخزانة الأزهرية برقم (١٤٦٢).

٢ - شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: وهو كتاب قيم ورائع وفريد فى باب، قام بتحقيقه الأستاذ الدكتور أحمد الكيسى، وطبع فى العراق سنة (١٩٧١م)، وتوجد منه نسخ فى مكتبات العالم.

٣ - تهذيب الأصول: قال الغزالي عن هذا الكتاب: فاقترح على طائفة من محصلى علم الفقه تصنيفاً فى أصول الفقه، أصرف العناية فيه إلى التلقيق بين السترتيب والتحقيق، وإلى التوسط بين الإحلال والإملا على وجه يقع فى الفهم دون كتاب تهذيب الأصول، لميله إلى الاستقصاء والاستكثار، وفوق كتاب المنحول لميله إلى الإيجاز والاختصار^(٢). أهـ. ولكن هذا الكتاب لم يعثر عليه إلى الآن^(٣).

٤ - المستصفى فى علم الأصول: وهو من مؤلفاته القيمة التى ألفها بعد فترة اعتزاله،

(١) انظر: شفاء الغليل (ص ٨).

(٢) انظر: المستصفى (٣/١).

(٣) انظر: المستصفى (٣١٨/٢).

قال في مقدمة المستقصى: ثم ساقني قدر الله تعالى إلى معاودة التدريس والإفادة، فاقترح عليّ طائفة من محصلي علم الفقه تصنيفاً في أصول الفقه أصرف العناية فيه إلى التلفيق بين الترتيب والتحقيق، وإلى التوسط بين الإخلال والإملا، وجمعت فيه بين الترتيب والتحقيق لفهم المعاني، فلا مندوحة لأحدهما عن الثاني فصنفته، وأتيت فيه بترتيب لطيف عجيب، يطلع الناظر في أول وهلة على جميع مقاصد هذا العلم، ويفيده الاحتواء على جميع مسارح النظر فيه، فكل علم لا يستولى الطالب في ابتداء نظره على مجامعه، ولا مباينه، فلا مطعم له في الظفر بأسراره ومباغيه^(١). أ.هـ.

وقد تناول الكثير من العلماء والمحققين هذا الكتاب بالشرح والاختصار، فممن شرحه أبو الحسن بن عبد العزيز الفهرى المتوفى سنة (٧٧٦هـ)، ومن اختصره أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد المتوفى سنة (٥٩٥هـ)، وأبو العباس أحمد بن محمد الإشبيلي المتوفى سنة (٦٤٧، أو ٦٥١)، وابن شامي، والسهوردي الحكيم، وابن قدامة المقدسي وغيرهم. وقد قام بعض العلماء بالتعليق عليه كسليمان بن داود الغرناطي المتوفى سنة (٨٣٢هـ).

مؤلفاته في الفقه

١ - البسيط: وهو كتاب قيم في فروع المذهب الشافعي مع التطرق إلى آراء الأئمة أبي حنيفة ومالك وأحمد، يتضمن الأدلة والخلاف، وهو مختصر لكتاب أستاذه إمام الحرمين نهاية المطلب، الذي قال فيه ابن خلكان: ما صنف في الإسلام مثله^(٢). وقال الغزالي في بيان أهمية البسيط: وكان تصنيفي البسيط في المذهب مع حسن ترتيبه، وغزارة فوائده، ونقائه عن الحشو والتزويق، واشتماله على محض المهم وعين التحقيق مستدعيًا همة عالية، ونية مجردة عما عدا العلم بخالية، وهي عزيزة الوجود مع ما استولى على النفوس من الكسل والفتور، وصار بحيث لا يظفر بها إلا على النذور^(٣).

والكتاب مفصل يقع في حدود ثمانية مجلدات إلى عشرة، يوجد منه الأول والرابع والخامس والسادس في مكتبة الظاهرية بدمشق برقم (١٧٤ - ١٧٦ فقه شافعي)، وفي دار الكتب المصرية جزء برقم (٢٧ فقه شافعي)، وفيه القصاص، والجنايات التي تستوجب الحد، وهو ناقص الأول والآخر، وجزء آخر برقم (٢٢٣ فقه شافعي) في

(١) انظر: المستقصى (٣/١).

(٢) انظر: تاريخ ابن خلكان (٣/٣٥٤).

(٣) انظر: مقدمة الوسيط (ق ١).

(١٩٤) ورقة، ويبدأ بكتاب السبق والرمى، وينتهى بآخر الكتاب. وكتب هذا الجزء فى سنة (٦٣٦هـ)^(١).

٢ - الوسيط: وسيأتى فى موضعه، إن شاء الله، وهو الذى بين يديك.

٣ - الوجيز: وهو كتاب قيم ذاع صيته بين المشتغلين بالفقه وأولوه عناية فائقة، وهو مختصر الوسيط والوسيط، وهو فى الفقه الشافعى مع التطرق للمذاهب الأخرى على عادة الإمام الغزالى. واستعمل فيه رموزًا بدل ذكر الأسماء، فيشير بـ (ح) لأبى حنيفة، و(م) لمالك وهكذا، وقد قام بشرحه والتعليق عليه وخدمته الكثيرون، فمن شرحه الإمام الرافعى المتوفى سنة (٦٢٣)، سماه العزيز شرح الوجيز، وشرحه أسعد بن محمود العجلى المتوفى سنة (٦٠٠هـ)، سماه شرح إبهام الوجيز والوسيط، وهو مخطوط فى دار الكتب المصرية، كما اختصره أبو بكر بن بهرام الأنصارى المتوفى سنة (٨٩٠هـ)، وهو مخطوط فى باريس برقم (١٠٣٢)^(٢).

قال السيد المرتضى: وقد خدم الوجيز علماء كثيرون، يقال: إن له نحو سبعين شرحًا^(٣).

٤ - خلاصة المختصر ونقاوة المختصر: وهو خلاصة لمختصر المزنى المتوفى سنة (٢٦٤هـ)، الذى اختصره من الأم للإمام الشافعى، أشار إليه الغزالى فى الإحياء (٣٥/١) ط القاهرة سنة (١٣١٦هـ)، وفى جواهر القرآن (ص ٢٢) ط القاهرة سنة (١٩٣٣م)، وقال: إنه أصغر تصانيفه فى الفقه، وتوجد منه نسخة فى مكتبة السلیمانیة برقم (٤٤٢) فى (١٠٠) ورقة، كتبها بقلم دقيق محمد بن أحمد بن عبد الرحيم الزنجاني سنة (٥٩٨هـ)، ويوجد منها ميكروفيلم بمعهد المخطوطات التابع لجامعة الدول العربية برقم (١٧٤) فقه شافعى^(٤).

مؤلفاته فى علم الخلاف

١ - مآخذ الخلاف: لم يعثر عليه حتى الآن، غير أن المترجمين أشاروا إليه، كما أن الغزالى ذكره فى كتابه معيار العلم (ص ٢٧)، وشفاء الغليل (ص ١٥٥)، وقد أشار فيهما

(١) انظر: فهرسة دار الكتب المصرية، مؤلفات الغزالى (ص ١٧، ١٨)، ابن خلكان (٣/٣٥٤)، طبقات ابن السبكي (٦/٢٢٤).

(٢) انظر: مؤلفات الغزالى (ص ٢٦).

(٣) انظر: إتحاف السادة (١/٤٣).

(٤) انظر: مؤلفات الغزالى (ص ٣٠).

أن كتاب مآخذ الخلاف فى طرق المناظرة فى الفقه.

٢ - لباب النظر: وهو أيضاً فى طرق المناظرة والخلاف، ألفه بعد مآخذ الخلاف، كما أشار إلى ذلك الغزالي فى معيار العلم، وذكره صاحب الطبقات العلية فى مناقب الشافعية^(١).

٣ - تحصيل المآخذ فى علم الخلاف: ذكره ابن السبكي فى غير موضع من طبقات ابن السبكي (٢١٢٥/٤)، وابن قاضى شهية فى طبقاته، (مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ١٥٦٨ تاريخ)، والشذرات (١٣/٤)، وابن السبكي أيضاً فى طبقات الشافعية (٣٨٣/٦، ٣٨٤)، وذكره الغزالي نفسه فى معيار العلم.

٤ - المبادئ والغايات: أشار إليه الغزالي أيضاً فى كتابه معيار العلم، حيث يقول: وكتاب المبادئ والغايات رابعاً، وهو الغاية القصوى فى البحث الجارى على منهاج النظر العقلى فى ترتيبه وشروطه، وإن فارقته فى مقدماته^(٢)، وأشار إليه فى المستصفى (٣/٢). هذا ولم يجد أحد من الباحثين شيئاً من هذه الكتب الأربعة فى الخلاف، ولم تشر فهرس المكتبات العامة إلى وجودها. انظر: مؤلفات الغزالي (ص ٣٣ - ٣٦).

التعريف بالكتاب

ذكر الإمام الغزالي فى مقدمة هذا الكتاب، كما سيأتى عليك إن شاء الله، اسمه فقال: وكان تصنيفى البسيط فى المذهب، مع حسن ترتيبه وغزارة فوائده، مستدعيًا همه عالية، فصنفت هذا الكتاب وسميته الوسيط فى المذهب.

وبعض من ترجم للغزالي ذكر هذا الكتاب مكتفياً بذكر الوسيط، دون فى المذهب، اختصاراً، وذكره بعضهم الوسيط فى فروع الفقه^(٣)، زيادة فى التوضيح والتمييز، وذكره البيضاوى الوسيط المحيط بأقطار البسيط^(٤)، وذكره بعضهم الوسيط المحيط بآثار البسيط^(٥).

ولا حاجة لنا فى غير ما ذكره المصنف، غير أن الإشارة إلى تلك المترادفات إمعان

(١) مخطوط بدار الكتب المصرية برقم (٧) مجاميع حلیم (٨٤) ورقة، مؤلفات الغزالي (ص ٣٤).

(٢) انظر: معيار العلم (ص ٢٧).

(٣) انظر: إتحاف السادة (٤٣/١).

(٤) انظر: الغاية القصوى (١٧٣/١).

(٥) انظر: مؤلفات الغزالي (ص ١٩).

لكي يعلم القارئ أن مقصد قائلها هو الوسيط في المذهب، وقد تحدثت بعض المصادر أن الإمام الغزالي كتب الوسيط، بل وأغلب كتبه العلمية في بداية عهده بالتدريس، ما بين (٤٧٨ - ٤٨٨ هـ)، ولم يتكلم أحد عن تحديد وقت الوسيط^(١).

هذا وقد استقى الغزالي من مناهل كثيرة عذبة سائغة للشاربين فخرجت مؤلفاته على هذا النحو الفريد، لاسيما الوسيط ككتاب أستاذه إمام الحرمين نهاية المطلب في دراية المذهب، وهو خلاصة الفقه الشافعي، استخلصه من كتب الإمام الشافعي ككتاب الأم والرسالة وغيرهما، ومن كتب أصحابه كمختصر المزني، والبوطي وغيرهما، وغير ذلك من إضافات إمام الحرمين ذي القريحة النابهة، والاستنباطات الدقيقة، والترجيحات الصائبة، والتفريعات المتقدمة على كل متوقع.

وكذلك كتب الإمام أبي عبد الله الزيري المتوفى سنة (٣١٧ هـ)، ولاسيما كتابه المسمى بالكافي الذي يعتبر من أهم الكتب الشافعية، وكتاب التلخيص للإمام أحمد بن أحمد القاص المتوفى سنة (٣٣٥ هـ)، وكتاب التريب للإمام أبي الحسن القاسم، المشهور بالقفال الشافعي الكبير المتوفى سنة (٤٠٠ هـ)، وهو من أجل كتب المذهب.

كل هذا نهل منه الإمام الغزالي، فخرج الوسيط مختصراً لكل ما جاءت به هذه المصنفات، كما أنه حسن ترتيب الوسيط مما استفاده من الإبانة للإمام الفوراني. قال ابن قاضي شعبة: ومنها أخذ هذا الترتيب الحسن الواقع في كتبه، واستمداده منه كثير^(٢).

ولهذا يعتبر الوسيط خلاصة الفقه الشافعي. قال الغزالي: ولكنني صغرت حجم الكتاب بحذف الأقوال الضعيفة، والوجوه المزيفة السخيفة، والتفريعات الشاذة النادرة، وتكلفت فيه مزيد تأنق في تحسين الترتيب وزيادة تحذف في التنقيح والتهذيب.

* * *

(١) انظر: مؤلفات الغزالي (ص ١٠ - ١٧).

(٢) انظر. طبقات الشافعية لابن شعبة مخطوط دار الكتب رقم (١٥٦٨ تاريخ ق ٣١)، إتحاف السادة (٤٣/١).

منهج التحقيق

أولاً: نسخ الكتب: لقد وقع في يدي نسخة مطبوعة عبارة عن جزء واحد فقط من كتاب الوسيط يحتوى على مقدمة طويلة مفيدة فى حوالى (٢٩٣) صفحة، لمحققه الأستاذ/ على محبى الدين على القرة راغى، وفيه بعد مقدمة التحقيق الجزء الأول من الوسيط، ويحتوى على كتاب الطهارة، بعد مقدمة الإمام الغزالي للوسيط، ثم كتاب التيمم، ثم كتاب الحيض، ونشره على ذلك دون أن يستكملها، على أنه قد أشار فى المقدمة إلى عزمه على استكمال هذا العمل، ولكن لم يظهر له حتى الآن ما عزم عليه من استكمال كتاب الوسيط، والحق أن بدايته هذه قد شجعتنى على القيام بتحقيق هذا الكتاب الرائع، وقد قمت من فوري مستعيناً بالله ثم بما قدمه الأستاذ/ على محبى الدين القرة فى مقدمة الجزء الذى نشره، حيث أشار فيه أنه جمع للكتاب عشر نسخ مخطوطة من مكتبات العالم، ولا شك أن هذا المجهود يستحق أعلى جزاء، ولا أحده إلا من الله، فاللهم اجزه عنا وعن الإسلام والمسلمين بما تحب وترضى، آمين.

قال: لقد توفرت لدى بفضل الله تعالى وحسن توفيقه عشر نسخ فى غاية من الصحة والقدم والأهمية، حيث كُتب على الترتيب التاريخى الآتى: سنة (٥٢١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٩، ٦٢١، ٦٤٥، ٦٨٣، ٧٢٥، ١٣٢٥هـ). أ.هـ. ثم ذكر تفاصيل عن هذه المخطوطات العشر من حيث أماكن وجودها، وتاريخها، ورقمها فى المكتبة العامة التى توجد فيها، وعدد أوراقها، وخطها، واسم كاتبها، وحالتها من الصحة أو التلف أو النقصان، وغير ذلك من المعلومات المهمة التى اتضح على أثرها أن الأصل الذى لا بد أن اعتمد عليه فى عملى هو:

النسخة الموجودة فى دار الكتب المصرية برقم (٣١٢ فقه شافعى)؛ لأنها من أهم النسخ من حيث الكمال والخط، ولا ينقصها شئ، وهى المكتوبة فى سنة (٦٤٥هـ)، وقال ناسخها: قوبل بالأصل وصحح بقدر الطاقة والإمكان، والله المستعان وعيه التكلاذ. كما يدل على ذلك وجود فروق كثيرة كتبت بالهامش على أنها من نسخة أخرى، فهى بالإضافة إلى أنها قوبلت بالأصل قوبلت بنسخة أخرى، وسجل كاتبها كل الفروق والزيادات بالهامش، ونبه عليها بأنها من نسخة أخرى، كما يزيد أهميتها أنها نسخة العلامة تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكي الفقيه الشافعى الكبير، والأصولى والمؤرخ الفحل البصير، صاحب الطبقات، وجمع الجوامع وغيرهما من المؤلفات المفيدة النافعة.

وهذه النسخة تقع في مجلد واحد كبير، تبلغ لوحاته (٣١٨ لوحة)، كتبت بخط نسخ دقيق، حيث يبلغ عدد أسطر كل صحيفة منها ثلاثة وثلاثين سطراً تقريباً، وعدد كلمات كل سطر حوالى من عشرين كلمة.

يقول كاتبها إسحاق بن محمود: وقد وقع الفراغ منه على يد الفقير إلى الله تعالى، الراجى رحمة ربه، المعترف بذنبه إسحاق بن محمود بن ملكويه البشيا بن حوامنتى البردجردى فى الخامس من ربيع الأول سنة خمس وأربعين وستمائة بالقاهرة المحروسة، رحم الله من طالعه أو نظر فيه وترحم على كاتبه، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وعترته وصحبه أجمعين وسلم تسليماً كثيراً. وقد كتب على صحيفة العنوان اسم الكتاب واسم مؤلفه كالآتى:

(كتاب الوسيط فى الفقه، تصنيف الشيخ الإمام العالم العلامة حجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالى الطوسى، رضى الله عنه وأرضاه بالجنة، ورحم من ترحم عليه وعلى كاتبه. أ.هـ).

كما كتب على صحيفة العنوان هذان البيتان:

هـذب المذهب حـبر أحسن الله خلاصه
بسيط ووسيط ووجيز وخلاصه

ثم هذه العبارة: رضى على ظهر كتاب إحياء علوم الدين للإمام الغزالى، رضى الله عنه، مكتوباً للقاضى عبد الملك بن أحمد بن سعيد بن المعافى، رحمه الله، يرثى الإمام:

بكيت بعينى واجم القلب واله فتى لم يوال الحق من لم يواله
وأطلقت دمعاً طالما قد حبسته وقلت لجفنى واله ثم واله
أبا حامد محبى العلوم ومن نقى صدا الدين والإسلام رفق صقاله

وبعد هذه القصيدة التى تتكون من ثمانية أبيات، كتب على ظهر صحيفة العنوان أيضاً بعدها بيتان آخران فى مدح الوسيط.

كما كتب على صحيفة العنوان اسم عبد الوهاب السبكي وتوقيعه بخطه، وعليها أيضاً: إن هذه النسخة وقف الملك المؤيد بالجامع المؤيد وشرط ألا يخرج منه.

ثم فى مصر نسخ أخرى موجودة فى دار الكتب تحت رقم (٣١٥ فقه شافعى)، وتحت رقم (٣١٨ فقه شافعى)، وفى مكتبة طلعت الملحقة بدار الكتب المصرية تحت رقم

(٢٠٦ فقه شافعى طلعت)، وفى دار الكتب أيضًا نسخة برقم (٣١٦ فقه شافعى). ونسخة برقم (٣١٣ فقه شافعى)، وبرقم (٣١٤ فقه شافعى)، وبرقم (٣٦١ فقه شافعى). وتوجد نسخة مع شرحها المطلب العالى فى شرح الوسيط للغزالي، فى معهد المخطوطات فى القاهرة تحت أرقام (٢٦٨ إلى ٢٩٣ فقه شافعى).

على هذا عقدت العزم على أن أجعل النسخة التى تحدثنا عنها أولاً رقم (٣١٢) هى الأصل الذى أعتمد عليه فى النسخ، وأقوم بعدها بالمقابلة على النسخ الأخرى المتوفرة لدينا بالقاهرة، أما ما يوجد فى الخارج، فيعذر الخروج خارج مصر لمقابلة هذه الأصول الموجودة فى الخارج بما عندنا.

وبعد انتهائي تقريباً من الجزء الأول، فاجئني أحد المقربين إلى أن دار السلام للنشر لديها طبعة حديثة لكتاب الوسيط كاملاً، فابتهجت بذلك وازداد عزمى على إكمال هذا العمل، حيث إن ذلك سوف يوفر على وقتاً وجهداً كبيراً بين المخطوطات، وسوف تكون المقابلة مع مطبوعة أدق بكثير وأثبت من عدم وجودها.

وقد اطلعت على منهج البحث والتحقيق الذى لازمه الزميلان/ أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، فرأيت فيه جهداً كبيراً وفكراً جديداً يفيد فى الغالب الباحثين فى الفقه الشافعى. قال تعالى: ﴿وَلِكُلِّ وُجْهَةٍ هُوَ مَوْلِيهَا﴾ [البقرة: ١٤٨]، فجزاهم الله على ما قاموا به فى إظهار هذا العمل. على هذا قسمت بوضع معقوفتين على كل كلمة أو عبارة ليست موجودة فى الأصل، وهى فى أصل آخر، مع المقابلة مع طبعة دار السلام، ونوهت عن ذلك فى الهوامش بادئ أمرى، ثم رأيت أن ذلك سوف يقطع على القارئ أو الدارس شغله بالكتاب ومادته بأمر لا يفيد فى كثير أو قليل، وإنما فائدته تقع خارج مادة الكتاب، وهى إظهار أمانة النقل، وقد كان بأمانة، لذلك اكتفيت بالإشارة إلى ذلك فى المقدمة هنا، وفى مواضع متكررة من الأجزاء الأولى، وكذلك الحال فى تصحيح الأخطاء اللغوية، أو وضع الأصح دون الصحيح، على أننى التزمت بعدم تغيير أى عبارة من الأصل المعتمد عليه بعبارة أخرى من الأصول الأخرى.

ثانياً^(١): عزوت الآيات الواردة فى الوسيط إلى سورها، وسقت الآيات التى استنتج منها المؤلف الحكم الشرعى دون أن يذكرها.

ثالثاً: خرجت الأحاديث التى وردت بالكتاب، وضمنت التخريج بأمرين فى غاية الأهمية:

(١) انظر: أى فى منهج التحقيق.

الأول خاص بالسند: وذلك إن كان الحديث فى الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بهذا، مع ذكر باقى مصادر الحديث ببيان صحته، فلا يحتاج منا إلى تتبع وتحقيق، أما إن لم يكن فى الصحيحين أو أحدهما، تتبعته وبيّنت قول أهل العلم بالحديث فيه من حيث الصحة والضعف، فإن كان الحديث الذى استدل به الإمام الغزالى ضعيف، وفى الباب حديث آخر صحيح ليس فى الكتاب ذكرته؛ ليكون دليلاً على صحة ما ذهب إليه الغزالى، وربما يكون دليلاً على عدم صحة ما ذهب إليه، وهذا قليل.

الثانى خاص بالمتن: حيث إننى قمت بذكر كثير من المصادر التى ورد فيها الحديث، حتى لو كان صحيحاً، وذلك لمنهج هام ومفيد ننبه المهتمين بالعلوم الشرعية على اتباعه لتتقى الأحكام الشرعية المستنبطة مما يعكرها وهو منهج مقارنة المتن، هذا المنهج الذى تستطيع من خلاله اكتشاف العلل النقلية التى تتخلل متون الحديث الواحد، والتى يعزى إليها روايته بأكثر من لفظ، وكذا يعزى إليها تعدد الروايات بصورة متباينة للحديث الواحد، والذى كثيراً ما يرد معه الدلالات التى تشير قطعاً إلى استحالة خروجه من فم النبى ﷺ بألفاظ مختلفة، وتحتّم خروجه بلفظ واحد، مما يوجب على أهل الحديث وأصحاب الفقه استبعاد الألفاظ التى يتحتم أن تكون من تصرفات الرواة وإقرار اللفظ الواحد الذى هو من قول النبى ﷺ، والخارج حقيقة من فهمه والمنقول إلينا بدون تصرف من أحد الرواة^(١).

إن سند الحديث قد يكون صحيحاً، ولكن من الممكن أن تدخل العلل فى متنه، وقد مثلنا لذلك داخل التحقيق فى الكتاب حينما اعترضتنا بعض المسائل التى ساقها المصنف، ووجدنا فيها حكمين مختلفين من العلماء، مع أن هذه الأحكام المتضاربة استنبطت من قول النبى ﷺ لحادثة واحدة ولشخص واحد، وفى زمن واحد، مما يستحيل أن يكون لمثل هذه الحادثة حكمين متضادين هما مراد الشارع، ولكن المتسبب الوحيد فى ذلك هى العلل النقلية، كعلة الإيجاز النقلى، كما حدث فى حديث ابن عمر فى مسألة طلاق امرأته، وستمر عليك فى داخل الكتاب إن شاء الله.

أو علة الرواية بالمعنى كما فى حديثى أبى هريرة، وعمر بن الخطاب، رضى الله عنهما، فى جلد شارب الخمر، فلفظا الحديثين مختلفين، مع أن القصة واحدة، وكلاهما فى البخارى، وسيمر عليك هذا أيضاً. فإحدى الروایتين جاءت بالنص وهى رواية أبى هريرة، والأخرى جاءت بالمعنى، وهى رواية عمر، رضى الله عنهما.

(١) انظر: مقدمة موسوعة أطراف الحديث لمحمد زغلول، والمقدمة للدكتور/ عبد الغفار سليمان بندارى، (٣٠/١ - ٣٤).

من هنا كان لازماً علينا أن نذكر أغلب المصادر التي ورد فيها الحديث النبوي كي يستطيع الباحث والدارس والفقيه عند النظر في مستند الحكم أن يقارن بين متونه لكشف أسباب التفاوت اللفظي أو السياقي بين الروايات، والذي يؤثر تأثيراً مباشراً على الحكم الشرعي.

رابعاً: قمت ببيان بعض الألفاظ التي تحتاج ولا بد من الرجوع إلى معاجم اللغة العربية، وما قربت لفظاً غريباً أو مبهماً إلا وقربت معناه بإيجاز ويسر من المعاجم، ولا سيما المعجم الوسيط.

خامساً: قمت بترجمة وبيان كل ما مر بنا من اصطلاحات أصول الفقه، كالواجب، والمستحب، والحلال، والحرام، والمباح، والفرض، والركن، والقياس، وغير ذلك، ولم أترك اصطلاحاً على ما أظن، ولله الحمد والمنة، ثم عقدت بعض الفروق التي بين بعض الألفاظ منها، ومناقشة ما خرج به الإمام الغزالي عن المعنى الغالب عند أهل الأصول.

سادساً: لم أسترسل في بيان مذاهب الأئمة، خاصة الأربعة، في المسائل التي كان يسوقها الإمام الغزالي، إلا في القليل النادر، وذلك عندما ينسب لأحد مخالف المذهب قولاً مخالفاً دون بيان ما استند عليه المحالف، أو أن يكون للإمام الغزالي كلاماً يخالف فيه قاعدة من أصول أهل السنة، لا سيما العقيدة، ولم يكن ذلك إلا نادراً.

ولم يكن إمساكي عن ذكر آراء المذاهب إلا للحفاظ على ماهية المصنف الذي هو مادة فقهية علمية تقارن بين مذاهب الأصحاب في المذهب الواحد، وهو المذهب الشافعي، فلا يحتمل ذلك أن نسوق خلاقات المذاهب الأخرى، إلا في حالة أن يذكر آخر ما عليه المذهب، أو قولاً واحداً عنده، ففي هذه الحالة يحتمل المقام ذكر مخالفته، وهذا هو منهج الغزالي نفسه في الوسيط، فهو عندما كان يذكر كلام الأصحاب لم يجده يتطرق إلى المذاهب، أما إن قال في مسألة: هي عندنا كذا، قال عقيها: وعند أبي حنيفة كذا.

سابعاً: ترجمت الأعلام التي قد لا يعرفها كثير من الناس عدا أسماء الصحابة وبعض المشاهير، فهم أغنى عن التعريف.

ثامناً: قمت بترجمة وبيان مصطلحات الكتاب الفقهية الخاصة بالمذهب الشافعي، كالقديم، والجديد، والنص، والأظهر، والتخريج، وقد وقع بيان أغلبها في الحزبين الأول والثاني.

هذا وقد آن الوقت لكي أترككم مع الثروة التي لا تنفذ، والعز الذي لا يذل، والقوة التي لا تضعف، والخلف الذي يبقى، والثواب الذي لا ينقطع، والعمل الذي يربو، والشرف الذي يطيل أعناق الرجال والأمم، إنه العلم مع كتاب الوسيط في المذهب، للإمام حجة الإسلام، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الشهير بأبي حامد الغزالي.

أسأل الله العليّ القدير الفعال لما يريد أن ينفعنا بما صح فيه، وأن يتجاوز عن زلل صاحبه ومحققه وكل من شارك في تخريجيه، آمين.

المحقق

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه التوفيق

أما بعد حمد الله تعالى هو فاتحة كل كتاب، وخاتمة كل خطاب، والصلاة على رسوله، التي هي جالبة كل ثواب، ودافعة كل عقاب، وعلى آله الذين يفتح بنجومهم ظلام كل سحاب، وينكشف بعلومهم غمام كل حجاب، ويمحي بصفوهم كدر كل ارتياب، وينسد يمينهم خلل كل اضطراب^(١).

(١) بدأ الإمام الغزالي الكتاب بالبسملة، وهو يعنى الابتداء بكل اسم من أسماء الذات الأعلى الموصوف بكمال الإنعام، أو بإرادة ذلك لا بشيء من غيرها وحدها أو معها ابتداءً أو أوقف متبركاً، ولم يقتصر الإمام على البسملة عن الحمد مع أنها كافية لحصول الحمد بها؛ لأنها تتضمن نسبة الحميل إليه تعالى على الوجه المخصوص، بل أتى بها مسبوقة بـ «أما بعد»، فأما عوضاً عن أداة الشرط وفعله، وبعد ظرف متعلق بفعل الشرط المحذوف، والتقدير مهما يكن من كلام في هذا الكتاب، فلا يصح إلا بعد حمد الله سبحانه وتعالى أداء لحق شيء مما يجب عليه من شكر النعمة التي من آثارها تأليف هذا الكتاب، وعملاً بالأحاديث الواردة في الابتداء بالحمد، كحديث أبي هريرة عن أبي داود، والنسائي، وابن حبان، وابن ماجه، وأبي عوانة، والدارقطني، والبيهقي، عنه ﷺ : «كل كلام لا يبدأ فيه بالحمد فهو أجذم»، وبما أخرجه الطبراني في الكبير، عن كعب بن مالك، عنه صلى الله عليه وآله وسلم: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد أقطع»، وبما أخرجه ابن حبان، عن أبي هريرة مرفوعاً، بلفظ: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد أقطع»، وجاء بلفظ: «أبتر»، بسند «أقطع» عند أبي دود، والنسائي، وابن ماجه.

ثم أردف الحمد بالصلاة على رسوله صلى الله عليه وآله وسلم؛ لكونه الوسيلة في وصول الكمالات العلمية والعملية إلينا من الله العلي الكبير الذي لا نستطيع قبول العيب منه حل وعلا؛ لتعلقنا بالعلائق البشرية والعوائق البدنية، وتدنسنا بأدناس اللذات الحسية، والشهوات الجسمية، إلا بواسطة، وهذه الوسيلة هم الأنبياء وأعظمهم رتبة وأرفعهم منزلة هو محمد صلى الله عليه وآله وسلم، فذكر عقب ذكره جل جلاله تشريفاً لشأنه مع الامتثال لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿صلوا عليه وسلموا تسليماً﴾، ولحديث أبي هريرة، عنه ﷺ ، عند الرهاوي بلفظ: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله والصلاة على فهو أقطع»، وآثر لفظ الرسول دون إسي؛ لاختصاص الرسول بكتاب، فكان ذكر الرسول في بدء التأليف أنسب، ولأنها أعم، إذ أن كل رسول نبي وليس العكس.

فإنى رأيت الهمم فى طلب العلوم قاصرة، والآراء فى تحصيلها فاترة، وكان تصنيفى البسيط فى المذهب^(١)، مع حسن ترتيبه وغازارة فوائده، ونفاثه عن الحشو والتزويق. واشتماله على محض الهمم وعين التحقيق، مستدعيًا همة عالية، ونية مجردة عما عدا العلم خالية، وهى عزيزة الوجود مع ما استولى على النفوس من الكسل والفتور، وصار بحيث لا يظفر بها إلا على الندور.

فعلمت أن النزول إلى حد الهمم حتم، وأن تقدير المطلوب على قدر همة الطالب حزم، فصفت هذا الكتاب وسميته الوسيط فى المذهب، ونازلًا عن البسيط، الذى هو داعية الإملال، مترقيًا عن الإيجاز القاضى بالإخلال، يقع حجمه من كتاب البسيط موقع الشطر، ولا يعوزه من مسائل البسيط أكثر من ثلث العشر، ولكنى صغرت حجم الكتاب بحذف الأقوال الضعيفة، والوجوه المزيفة السخيفة، والتفريعات الشاذة النادرة، وتكلفته فيه مزيد تأنق فى تحسين الترتيب، وزيادة تحذق فى التنقيح والتهديب.

والله تعالى يكثر به نفع الطلاب، ولا يخلى السعى فى تربيته عن الأجر والثواب بمنه وفضله.

* * *

(١) هو كتاب قيم مختصر لكتاب إمام الحرمين، وهو فى فروع المذهب الشافعى. مع التطرق إلى آراء الأئمة أبى حنيفة، ومالك، وأحمد، يتضمن الأدلة والخلاف. قال ابن حنكان: ما صنف فى الإسلام مثله، ويقع فى حدود ثمانية مجلدات إلى عشرة، توجد منه بعض أجزاءه فى بعض مكنتات العالم، حيث يوجد منه الأول والرابع والخامس والسادس فى مكتبة الطاهرية بدمشق برقم (١٧٤ - ١٧٦ فقه شافعى)، وفى دار الكتب المصرية جزء برقم (٢٧ فقه شافعى)، وجزء آخر برقم (٢٢٣ فقه شافعى). انظر: تاريخ ابن خلكان (٣/٣٥٤)، فتح العربر شرح الوجيز (٧٣/١).

كتاب الطهارة

وينحصر مقصوده في قسمين:

القسم الأول: في المقدمات

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول

في المباحث الطاهرة^(١)

والطهورية مختصة بالماء من بين المائعات، أما في طهارة الحدث فبالإجماع. وأما في طهارة الخبث، فعند الشافعي^(٢)، خلافاً لأبي حنيفة^(٣)، رضى الله عنهما.

(١) باب مفرد أبواب، وهو حقيقة لما كان حسياً في الدخول منه إلى غيره، وبجاز لعنوان جملة من المسائل المتناسبة، والمياه جمع ماء، وجمعه ما مع كونه جنساً للدلالة على اختلاف الأنواع. والطاهرة يجوز أن تكون مصدر طَهَّرَ الأَزم، فتكون للوصف القائم بالفاعل، وأن تكون مصدر طهر المتعدي، فتكون للأثر القائم بالمفعول، وأن تكون اسم مصدر طهر تطهيراً ككلم تكليماً. وهى في اللغة النزاهة والبنظافة عن الأقدار. والطهر نقيض الحيض، ونقيض النجاسة. وأما الطهور، فجمهور أهل اللغة على أنه بالضم للفعل الذى هو المصدر، وبالفتح للماء الذى يتطهر به، وذهب سييويه، والخليل، والأصمعي، وأبو حاتم السجستاني، والأزهري، وجماعة إلى أن الطهور بالفتح يقع على الماء والمصدر معاً.

واصطلاحاً صفة حكمية ثبت لموصوفها جواز الصلاة به أو فيه أو له، ومن العلماء من جعلها شرطاً، ومنهم من جعلها ركناً. انظر: لسان العرب (٢٧١٢/٤)، المعجم الوسيط (٥٧٤/٢)، ترتيب القاموس (١٠٣/٣، ١٠٤)، المجموع للنووي (٧٩/١)، نيل الأوطار (١٤/١)، الدرر (٦/١)، فتح الوهاب (٣/١).

(٢) هو الإمام الفقيه أبو عبد الله محمد بن إدريس بن شافع الهاشمي، المعروف بالشافعي صاحب المذهب، ولد بغزة سنة (١٥٠هـ)، حل إلى مكة وهو ابن سنتين، تعلم الشعر والأدب وأيام العرب، ثم الكتاب والسنة وعلومهما، من شيوخه مسلم بن خالد الزنجي، ومالك، ووكيع، رحل إلى بغداد، ثم عاد إلى مكة، ثم قصد مصر سنة (١٩٩هـ)، وتوفى بها سنة (٢٠٤هـ)، ودفن بها بعدما صنف كتيبه الجديدة بها، وهو أول من صنف كتاباً في أصول الفقه، وهو الرسالة. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٩٢/١) وما بعدها، تهذيب الأسماء (٤٤/١) وما بعدها.

(٣) هو النعمان بن ثابت التيمي بالولاء، الفارسي، من أهل كابل، الإمام الأعظم إمام العراق، =

واختصاص الطهورية به إما تعبد لا يعقل معناه، وإما أن يعقل [باختصاص الماء] بنوع من اللطافة والرفقة، وتفرّد في التركيب لا يشاركه فيها سائر المائعات، وهو الأقرب.

ثم المياه ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما بقى على أوصاف خلقته، فهو الطهور، فيدخل تحته ماء البئر، وماء البحر، وكل ما نبع من الأرض أو نزل من السماء، وهو الماء المطلق حقاً.

ولا يستثنى عن هذا الحد إلا الماء المستعمل في الحدث، فإنه عند الشافعي، رضي الله عنه، طاهر غير طهور^(١)، وعند مالك، رضي الله عنه، طهور^(٢)، وهو قول للشافعي، رضي الله عنه، وعند أبي حنيفة، رضي الله عنه، نجس^(٣).

ويدل على طهارته قلة احتراز الأولين عنه، وأنه لم يلق محلاً نجساً، ويدل على سقوط طهوريته أن الأولين في إعواز الماء لم يجمعوا الماء المستعمل ليستعملوه ثانياً.

ثم سقوط الطهورية باعتبار معنيين: أحدهما: تأدى العبادة به. والآخر: انتقال المنع إليه.

=وفقيه الأمة، روى عن عطاء، ونافع، والأعرج، وغيرهم، وعنه حماد، وزفر، وأبو يوسف، وغيرهم، توفي سنة (١٥٠هـ). انظر ترجمته في: تهذيب الكمال (١٤١٥/٣)، البداية والنهاية (١٠٧/١٠).

(١) وهو مذهب الشافعي في الجديد، ورواية عن أبي حنيفة، ومحمد، والإمام أحمد، واستدلوا بحديث: «المؤمن لا ينجس»، وما رواه البخاري وأحمد، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان إذا توضأ كادوا يقتلون على وضوئه ويمسحون به وجوههم. وحديث عائشة السدي رواه الشافعي وغيره، أنها اغتسلت معه صلى الله عليه وآله وسلم في إناء واحد وكلاهما جنب. وما رواه الشافعي أيضاً في أنه صلى الله عليه وآله وسلم ونسائه وأصحابه كانوا يتوضؤون في الأقداح والأتوار، ويغتسلون في الجفان، ومثل هذه الآنية لا تسلم من رشاش يقع فيها، فلو كان المستعمل نجساً لنجس الماء الذي يقع فيه.

(٢) وهو قول للشافعي في القديم، ورواية لأحمد، وهو مذهب أهل الظاهر، واستدلوا بما رواه أحمد وابن ماجه وغيرهما، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «الماء لا ينجس»، والماء ليس عليه جنابة، واحتجوا بأن النبي ﷺ اغتسل من الجنابة، فرأى لمعة لم يصبها الماء، فعصر شعره عليها. رواه أحمد وابن ماجه.

(٣) وذلك في رواية، وهو رأى أبي يوسف، واستدل بما روى عنه ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسل فيه من جنابة»، رواه أحمد، وأبو داود. انظر هذا الخلاف في: بداية المجهد (٤٤٨/١) وما بعدها، المغنى (١٨/١) وما بعدها، نيل الأوطار (٤٠/١)، سبيل السلام (٢١/١)، المجموع (١٤٩/١).

فإن انتفى المعنيان، فظهور كالمستعمل في الكرة الرابعة. وإن وجد أحد المعنيين دون الثاني، فوجهان كالمستعمل في الكرة الثانية، أو في التجديد، أو في المصمضة والاستنشاق وغسل العيدين والجمعة، وما أشبه ذلك، فإنه لم يوجد انتقال المنع إليه والذي استعملته الذميمة، حتى تحل لزوجها المسلم، فإنه وجد انتقال المنع، ولم يوجد تأدى العبادة إلا إذا لم نوجب الإعادة عليها إذا أسلمت.

فروع أربعة:

الأول: المستعمل في الحدث، هل يستعمل في الخبث؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن للماء قوتين، ولم يستوف إلا إحدهما.

والثاني: لا؛ لأن تلك القوة في حكم خصلة واحدة لا تتجزأ، وهذا كما أن المستعمل في الحدث لا يستعمل في الجنابة، ولا يقال: إن هذه القوة باقية.

الثاني^(١): إذا جمع الماء المستعمل حتى بلغ قلتين^(٢)، فوجهان:

أحدهما: يعود طهوراً، كالماء النجس إذا جُمع فصار قلتين، ولأن الكثرة تدفع حكم الاستعمال، فإذا طرأت تقطع حكمه كالنجاسة.

والثاني: لا يعود طهوراً؛ لأن حكم النجاسة يسقط إذا انغمرت واستهلكت بكثرة الماء، وأن الاستعمال أبطل قوة الماء، فيلحق بماء الورد، وسائر المائعات.

الثالث: إذا انغمس الجنب في ماء قليل، وخرج ارتفعت جنابته وصار الماء مستعملاً.

وقال الخضرى^(٣) من أصحابنا: لا ترتفع؛ لأنه صار مستعملاً بملاقاة أول جزء منه، وهو غلط، إذ حكم الاستعمال إنما يثبت بالانفصال، ولا يثبت حالة ترده على الأعضاء.

(١) يعنى ثانى الفروع الأربعة.

(٢) وذلك لعموم الحديث: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» أخرجه الدارقطى (١/٢١١).
(٣) ابن ماجه فى سننه (٥١٧)، الدارمى فى سننه (١٨٧/١)، السس الكرى لليهقى (٢/٥٠٣)، سنن الترمذى (٢١٥/١)، النسائى فى سننه (٤٢/١)، أحمد فى المسند (٢٣/٢) - (٢٧).

(٣) هو الإمام الكبير أبو عبد الله محمد بن أحمد المروزى، المعروف بالخضرى، بكسر الحاء وإسكان الضاد نسبة، إمام مرو وشيخها، حدث عن القاضى أبى عبد الله الحسين بن إسماعيل المحاملى وغيره، وتفقه عليه جماعة منهم أبو على الدقاق. انظر: الطبقات الكبرى (٣/١٠٠)، وفيات الأعيان (٣/٣٥١).

الرابع: المحدث إذا أدخل يده في الإناء بعد غسل الوجه، وكان قد سوى رفع الحدث، صار الماء مستعملًا إذا انفصلت اليد من الماء. فطريقه أن يقصد الاغتراف والتنجية حتى لا يصير مستعملًا، فإن غفل عن نية رفع الحدث وعن قصد الاغتراف، فالمشهور أنه يصير مستعملًا.

ويتجه أن يقال: هيئة الاغتراف صارفة للملاقاة إلى هذه الجهة بحكم العادة، فلا يصير مستعملًا.

القسم الثاني: فيما تغير عن وصف خلقتة، ولكن تغيرًا يسيرًا لا يزيله اسم الماء المطلق، فهو طهور كالماء المتغير بطول المكث، أو المتغير بزعفران يسير ظهر عليه أدنى ظهور، فإنه طهور على المذهب، وكذلك المتغير بما يجاوره كالعود، والعنبر، والكافور الصلب، وكذا المتغير بما يتعدى صون الماء عنه كالتراب، والزرنيخ والنورة^(١)، وما لا يخلو الماء عنه في مقره، فإن اسم الماء المطلق لا ينسلب به، وكذلك المسخن والمشمس^(٢)، نعم في الشمس كراهية من جهة الطب^(٣)؛ لأن حمى الشمس يفصل في الإناء أجزاءً تعلو الماء كالهباء^(٤)، فإذا لاقى البدن أورث البرص.

ثم اختلفوا في أن هذه الكراهية، هل تختص بالبلاد الحارة، وبالأواني المنطبعة، ويقصد التشميس؟.

وهذا خلاف لا وجه له؛ لأنه لا كراهية إلا من جهة الطب، والمحذور من جهة الطب يختص بالحرارة المفرطة، ولا يختص بوجود القصد، ويختص بالجواهر المنطبعة، فلا

(١) الزرنيخ: حجر منه أبيض وأحمر وأصفر.

والنورة: بضم النون، هو حجر الكلس، ثم غلبت على أعلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره، وتسنعمل لإزالة الشعر. انظر: القاموس المحيط (٢٧٠/١)، المصباح المنير (٣٠٢/٢).

(٢) هذا من حديث: «يا حميراء لا تفعل هذا، فإنه يورث البرص»، رواه البيهقي من طرق وبين وضعه. قال النووي: ضعيف باتفاق المحدثين. انظر: نصب الراية (١٠١/١)، تلخيص الحبير (٢٠/١، ٢١)، المجموع (٨٧/١).

(٣) قال الشافعي: لا أكره الشمس، إلا أن يكره من جهة الطب. أ. هـ. يعنى لا يكرهه من جهة الشرع؛ لعدم ورود خير صحيح فيه، أما إن ثبت ضرره طبيًا، فالكره طاهرة، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»، ولقوله: «أنتم أعلم بأمور دنياكم»، والله أعلم. انظر: الأم (٣/١)، المجموع (٨٧/١).

(٤) الهباء هو الشيء النيث الذي يرى في ضوء الشمس، ودقائق التراب ساطعة ومنتشرة على وجه الأرض. انظر: القاموس المحيط (٤٠٥/٤)، المصباح المنير (٣٠٥/٢).

يجرى في الخشب، والخزف، والجلد، ولعله لا يجرى في الذهب، والفضة من المنطبعات؛ لصفاء جوهريهما.

القسم الثالث: ما تفاحش تغييره بمخالطة ما يستغنى الماء عنه، بحيث لا يفهم من مطلق اسم الماء، فإن استجد اسماً آخر، كالخبر، والصبغ، والمرقة، فليس بطهور بالإجماع^(١)، وإن لم يستجد اسماً منفرداً، فليس بطهور أيضاً عند الشافعي، رضى الله عنه، خلافاً لأبي حنيفة، رضى الله عنه؛ لأنه تعبد بالوضوء بالماء، وقد سقط اسم الماء، وإن لم يتحدد اسم آخر^(٢).

فروع أربعة: الأول: في المتغير بالتراب المطروح فيه قصداً. فيه وجهان:

(١) قلت: وقد ظن البعض أن الإجماع الذي ذكره الغزالي، وابن قدامة، وابن المنذر، والشوكاني وغيرهم، دعوى منخرفة بما صار إليه أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الأمصار، من إجازة الوضوء بنبذ الثمر في السفر؛ لحديث ابن عباس، أن ابن مسعود خرج مع رسول الله ﷺ ليلة الجن، فسأله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: «هل معك من ماء؟»، فقال: معي نبيذ في إدواتي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أصبب به، فتوضأ به، وقال: «شراب وطهور».

أخرجه أحمد (٣٩٨/١) وغيره، وهو ضعيف. قال الدارقطني: تفرد به ابن لهيعة، وهو ضعيف، وضعفه الزوار، والبوصيري. وحديث أبي رافع مولى ابن عمر، عن عبد الله بن مسعود بمثله، وفيه: فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «ثمرة طيبة وماء طهور». أخرجه أحمد (٤٥٥/١)، وغيره وهو مردود أيضاً. قال الدارقطني: لا يثبت، علي بن زيد ضعيف، وأبو رافع لم يثبت سماعه من ابن مسعود، وليس هذا الحديث من مصنفات حماد بن سلمة، وقد رواه أيضاً عبد العزيز بن أبي رزمة، وليس بقوى، وكذلك ضعف علي بن زيد كل من ابن معين، وأبي حاتم، وأبي زرعة، وابن حبان، وابن حجر، وأفضل ما رد به الجمهور هذا الحديث قوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣]، قالوا: فلم يجعلها هنا وسطاً بين الماء والصعيد، وهذا يدل على أن الإجماع قائم وصحيح لضعف ما ينقصه من الأدلة. انظر: بداية المجتهد (٤٧٣/١) وما بعدها، نيل الأوطار (٢٩/١)، سنن الدارقطني (٣٢)، المحروحين (١٠٣/٣)، التقریب (٣٧/٢).

(٢) ذهب الشافعي إلى أن ما اعتصره الآدميون من ماء شجر وورد وغيره، لا يكون طهوراً، وكذلك ماء أجساد ذوات الأرواح؛ لأنه لا يقع على واحد من هذا اسم ماء، وإنما يقال له: ماء بمعنى ماء ورد وماء شجر وهكذا. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى بقاء اسم الماء على الإطلاق بما حالته شيء طاهر، ولو أدى إلى تغيير أحد أوصافه، ولأن الخلط القليل لا أهمية له، فيعتبر بالغالب من حيث الأجزاء، لا من حيث اللون. انظر: الأم (٣/١)، المبسوط (٥٢/١)، فتح القدير مع شرح العناية (٤٩/١)، بداية المجتهد (٤٥٨/١).

أحدهما: أنه ليس بطهور؛ لأنه مستغنى عنه، وهو ضعيف، فإن التغير بالتراب لا يسلب اسم الماء، ويعلم أن الأولين كانوا إذا رأوا ماءً متغيراً بالتراب لم ييحتسوا عن سببه^(١)، ولأن التراب مجاور له، فإنه يرسب على القرب، وينفصل عن الماء.

الثاني: إذا تغير الماء بالملح، ففيه ثلاثة أوجه. يفرق في الثالث بين الجبلى، والمائى، ويشبه المائى بالجمد، وهو ضعيف؛ لأنه لو كان كالجمد لذاب في الشمس، ولكن تعليقه التشبيه بالتراب المطروح قصداً، فإن ماء البحر مالح وملوحته من أجزاء سبخة في الأرض تنتشر فيه، ثم هو طهور؛ لأنه ليس بقصد آدمى، فإذا طرح قصداً خرج على الخلاف.

الثالث: الأوراق إذا تناثرت في الماء، فما دامت مجاورة لا تضر، وإن تعفنت واختلطت، ففيه ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين الخريفى، والربيعى، لتعذر الاحتراز عن الخريفى.

الرابع: إذا صب مقدار من ماء الورد، أو غيره من المائعات على ماء قليل، وكان بحيث لو خالف لونه لون الماء لتفاحش تغيره خرج عن كونه طهوراً، وإن كان أقل منه، فلا يخرج عن كونه طهوراً، فلو استعمل الكل فهو جائز على الظاهر.

ومنهم من قال: إذا بقى قدر ذلك المائع، لم يجز استعماله؛ لأنه عند ذلك يتحقق أن الجارى على بعض أعضائه ليس بماء، وهو ضعيف؛ لأنه إذا صار مغموراً ثبت لكل حكم الماء، فلا ينفصل جزء عن جزء.

* * *

الباب الثانى: فى المياه النجسة

وفيه أربعة فصول:

(١) وكانوا ينهاون عن البحث فى سبب تغير الماء مع مظنة وقوع النجاسة به، كما ورد أن عمر بن الخطاب خرج فى ركب فيه عمرو بن العاص، فقال عمرو بن العاص لصاحب الحوض: يا صاحب الحوض، هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض لا تحرنا فإننا نرد على السباع وترد علينا، أخرجه مالك (٢٣/١). وأخرج الدارقطنى وغيره، عن ابن عمر، قال: خرج رسول الله ﷺ فى بعض أسفاره، فسار ليلاً، فعمروا على رجل جالس عند مقراة له، وهى الحوض الذى يجتمع فيه الماء، فقال عمر: أولفت السباع عبيك البيلة فى مقراتك، فقال له النبى ﷺ: «يا صاحب المقراة لا تخبره، هذا متكلف لها ما حمت فى بطونها ولنا مابقى شراب وطهور». انظر: نيل الأوطار (٣٦/١).

الفصل الأول في النجاسات

والأعيان تنقسم إلى حيوانات وجمادات.

والجمادات أصلها على الطهارة إلا الخمر^(١)، فإنها نجسة تغليظاً. وفي معناها كل نبيذ مسكر، وكذا الخمر المحترمة^(٢)، على المذهب الصحيح.

وأما الحيوانات ما دامت حية، فأصلها على الطهارة، إلا الكلب والخنزير وما تولد من أحدهما وحيوان طاهر.

فإذا ماتت فأصلها على النجاسة إلا في أربعة أجناس.

الأول: الآدمي، فهو طاهر على المذهب الصحيح؛ لأنه تعبد بغسله والصلاة عليه، ولا يليق بكرامته الحكم بنجاسته^(٣).

الثاني: السمك والجراد.

قال رسول الله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان، الميتتان السمك والجراد، والدمان الكبد

(١) وكذلك يستثنى من هذا الأصل كل ما دل الدليل على نجاسته.

(٢) وهى ما عصرت لا بقصد الخمرية، بل بقصد أن يكون خلأً، فهذه تعتبر نجسة ما دامت حمراً، وقيل: بطهارتها، وهو شاذ كما قال النووي، أما إذا تخللت، فهي طاهرة بالاتفاق. انظر: مغنى المحتاج (١/٢٧)، الروضة (١/١٣).

(٣) قوله: الآدمي فهو طاهر، يوهم بعموم الآدمي المسلم والكافر، إلا أنه خصه بالمسلم بما ذكره بعد ذلك من غسل وصلاة، فيكون ذلك صريح منه بنجاسة المشرك الحسية، خلافاً للجمهور الذين يقولون بنجاسة المشرك فى الاعتقاد والاستقذار لا فى الأعضاء، وحجتهم أن الله أباح نساء أهل الكتاب، ومعلوم أن عرفهم لا يسلم منه من يضاجعون، ومع ذلك فلا يكسب من غسل الكتابية إلا مثل ما يجب عليهم من غسل المسلمة. ومن جملة ما استدلوا به أيضاً أنه ﷺ ترويضاً من مزادة مشركة، وربط ثمامة بن أثال وهو مشرك يسارية من سوارى المسجد، وأكل من الشاة التى أهدتها له يهودية من خيبر، وغير ذلك.

والصحيح الذى لا خلاف فيه أن المسلم لا يتنجس حياً، وأما ميتاً ففيه خلاف، فممن ذهب لنجاسته أبو حنيفة ومالك، وهو خلاف ما رواه الشافعى والبخارى عن ابن عباس معقفاً، بلفظ: «المؤمن لا يتنجس حياً وميتاً»، وبغيره كحديث ابن عباس أيضاً عند البيهقى: «إن ميتكم يموت طاهراً، فحسبكم أن تغسلوا أيديكم». انظر: نيل الأوطار (١/٢٠، ٢١)، الأم (١/٢٣٥)، نهاية المحتاج (١/١٣٨)، فتح البارى شرح صحيح البخارى (١/٣٩٠). صحيح مسلم (١/٢٨٢).

الثالث: ما يستحيل من الطعام كدود الخلل، والتفاح فهو طاهر على المذهب، ويحل أكله على أحد الوجهين، وقيل: إنه حرام؛ لتحقق الموت.

الرابع: ما ليست له نفس سائلة كالذباب، والبعوض، والخنفساء، والعقارب، ففي نجاسة الماء بموتها قولان: الجديد وهو مذهب أبي حنيفة، أن الماء لا ينجس به.

ثم قال القفال^(٢): هذا خلاف في أن هذه الحيوانات هل تنجس بالموت، وكأن عمة النجاسة احتباس الدم المعفن الخفي في الباطن.

وقال العراقيون^(٣): تنجس بالموت، وإنما لا ينجس الماء على قول؛ لتعذر الاحتراز عنه.

وعلى هذا اختلفوا في أنه هل يفرق بين القليل والكثير؟ وهل يفرق بين ما يعم كالبعوض والذباب، أو لا يعم كالعقارب؟ هذا حكم الحيوانات.

فأما أجزائها، فكل عضو أبين من الحى فهو ميت إلا العظم والشعر، ففيه خلاف

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند (٩٧/٢)، البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٤/١)، (٢٥٧/٩)، البغوي في شرح السنة (٢٤٤/١١)، الزيلعي في نصب الراية (٢٠١/٤)، المحلوني في كشف الخفا (٦٠/١)، ابن أبي حاتم الرازي في علل الحديث (١٥٢٤)، الزبيدي في تحاف السادة المتقين (٣١٥/٢)، (٢١٧/٦)، (١٢٢/٧)، فتح الباري لابن حجر (٦٢١/٩). والحديث روى مرفوعاً وموقوفاً، والأصح الوقف على ابن عمر. قال ابن حجر: الرواية الموقوفة التي صححها أبو حاتم وغيره هي في حكم المرفوع؛ لأن قول الصحابي: «أحل لنا» وحرم علينا، مثل قوله: «أمرنا بكذا» ونهينا عن كذا، فيحصل الاستدلال بهذه الرواية؛ لأنها في معنى المرفوع. أ.هـ.

(٢) هو عبد الله بن أحمد بن عبد الله المعروف بالقفال المروزي الصغير، أحد أئمة الدنيا، تفقه على أبي زيد المروزي وغيره، توفي سنة (٤١٧هـ) بسجستان. انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢/١ ص ٢٨٢)، وفيات الأعيان (٢/٢٤٩).

(٣) العراقيون هم الفقهاء الشافعيون الذين سكنوا بغداد وما حولها، وقد اشتهروا بنقل مذهب الإمام الشافعي. قال النووي: أعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لتصوص الشافعي وقواعد مذهبه ووجوه متقدمي أصحابنا أنقن وأثبت من نقل الخراسانيين غالباً، والخراسانيون أحسن تصرفاً وبحثاً وتفريعاً وترتيباً غالباً. أ.هـ. والعراقيون قطعوا بأن ما لا نفس له سائلة ينجس بالموت قال النووي: وهو الصحيح؛ لأنه من جملة الميتات، لكن لا ينجس الشراب به؛ لتعذر الاحتراز عنه. أ.هـ. انظر: المجموع (٦٩/١)، (١٣٠)، طبقات الشافعية الكبرى (١/٣٢٤ - ٣٢٧).

سيأتي. أما الأجزاء المنفصلة عن باطن الحيوان، فكل مترشح ليس له مقر يستحيل^(١) فيه كالدمع، واللعب، والعرق، فهو طاهر من كل حيوان طاهر. وما استحال في الباطن فأصله على النجاسة، كالدم، والبول، والعذرة، إلا ما هو مادة الحيوانات كاللبن، والمني، والبيض.

والنظر في فضلات خمسة:

الأولى: الدم، والقيح، فهو نجس من كل حيوان، إلا من رسول الله ﷺ، ففيه وجهان: أحدهما: أنه نجس طردًا للقياس.

والثاني: أنه طاهر؛ لما روى أن أبا طيبة الحمام^(٢) شرب دمه، فقال له: «إذا لا يجمع بطنك أبدًا»^(٣).

(١) يستحيل، أى يتغير عن طبعه، يقال: استحال الشيء، أى تغير عن طبعه ووصفه.

انظر: للمصباح المنير (١٧٠/١)، معنى المحتاج (٧٨/١) وما بعدها.

(٢) قال النووي: أبو طيبة اسمه نافع، ورجحه الحافظ ابن حجر، وقيل: ميسرة، وقيل: دينار، وكان عبدًا لبنى بياضة، أو لبنى حارثة من الأنصار، وقد ثبت ذكر أبي طيبة في الصحيحين، وأنه حشم النبي ﷺ من حديث أنس وجابر وغيرهما. انظر: الإصابة في معرفة الصحابة (٢٣٣/٧)، تهذيب الأسماء واللغات (ق/١ ج/٢/٢٤٦).

(٣) حديث: «إذا لا يجمع بطنك أبدًا»، لم أقف عليه بهذا اللفظ، والذي وقفت عليه حديث عن ابن عباس، قال: حشم النبي ﷺ غلام لبعض قريش، فلما فرغ من حمامته أخذ الدم فذهب به من وراء الحائط، فنظر يمينًا وشمالًا، فلم ير أحدًا، فحسا دمه حتى فرغ، ثم أقبل فنظر النبي ﷺ في وجهه، فقال: «ويحك، ما صنعت بالدم؟»، قال: نفست على دمك أن أهريق في الأرض، فهو في بطني، قال: «اذهب، فقد أحرزت نفسك من النار». أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٦/٥)، ابن حجر في تلخيص الحبير (٣٠/١)، ابن الجوزي في العلل المتناهية (١٨١/١).

قال الحافظ ابن حجر متعقبًا لكلام الحافظ ابن الصلاح في مشكل الحديث لما قال في حديث أبي طيبة الذي ذكره الغزالي: لم نجد لهذا الحديث أصلاً. قال: لم يرد ذكر أبي طيبة، والذي وقع لي فيه أنه صدر من مولى لبعض قريش، ولا يصح أيضًا، فروى ابن حبان في الضعفاء من حديث نافع أبي هرزم، عن عطاء، عن ابن عباس، الحديث السابق.

قلت: ووقفت على رواية أخرى لم يذكر فيها أبو طيبة أيضًا، وإنما من حديث سالم أبي هند الحمام، وفي إسناده أبو الجحاف، وفيه مقال، أخرجه بالفاظ مختلفة المتقى الهندي في كنز العمال (٤٠٩٦١، ٤١٧٢٨)، والجامع الكبير (٧٠٤/٢)، وغير ذلك من الروايات التي لم يصح منها شيء، إلا أنني وقفت عليه بغير هذا اللفظ، فقد ذكر ابن القيم الجوزية في كتابه راد المعاد (١٢١/٣)، قال: وفي الصحيحين من حديث طاوس، عن ابن عباس، أن النبي ﷺ حشمه أبو طيبة، فأمر له بصاعين من طعام، وكلم مواليه فحققوا عنه من ضربيته، وقال: =

الثانية: البول والعذرة نجس من كل حيوان، ويستثنى عنه موضوعان:

الأول: بول رسول الله ﷺ، ففيه وجهان:

وجه الطهارة: ما روى أن أم أيمن^(١) شربت بوله، فلم ينكر عليها، فقال: «إذا لا تنج النار بطنك»^(٢).

الثاني: روث السمك، والجراد، وما ليس له نفس سائلة، ففيه وجهان:

أحدهما: نجس طردًا للقياس.

والثاني: أنه طاهر؛ لأنه إذا حكم بطهارة ميتتهما فكأنهما في معنى النبات، وهذه رطوبات في باطنها.

فأما بول ما يؤكل لحمه، فنجس خلافًا لأحمد^(٣)، وما روى عنه ﷺ أنه قال لجماعة اصفرت وجوههم: «لو خرجتم إلى إبلنا فشربتم من أبوالها وألبانها»^(٤)، ففعلوا ذلك، فصحوا، محمول على التداوى^(٥)، وهو جائز بجميع النجاسات إلا بالخمر، فإنه، عليه

= «خير ما تداوىتم به الحمامة».

قلت: وهو في مسند أحمد (١٠٧/٣)، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٣٧/٩، ٣٣٩)، والمعجم الكبير للطبراني (٢٢٢/٧)، وفتح الباري لابن حجر (١٥١/١٠)، ومستدرک الحاكم (٢٠٨/٤)، وكنز العمال للمتقي الهندي (٢٨١٣٥، ٣٥١٨٦)، والسلسلة الصحيحة للألباني (١٠٥٣)، وعلل الحديث لابن أبي حاتم الرازي (٢٣٨٨، ٢٤٧٦).

(١) هي حاضنة رسول الله ﷺ، واسمها بركة، مولاة رسول الله ﷺ، أعنتها وزوجها مولاه زيد بن حارثة، فولدت له أسامة، أسلمت قديمًا وهاجرت إلى الحبشة وإلى المدينة، وكنيت بابنتها أيمن، رضى الله عنه، كان الرسول ﷺ يقول لها: «أم أيمن، أمي بعد أمي»، قيل: إنها توفيت بعد النبي بخمسة أشهر. وقال ابن منده: بعد قتل عمر بعشرين يومًا.

(٢) انظر: إتحاف السادة المتقين (١١١/٧)، كنز العمال (٣٢٢٥٦)، مستدرک الحاكم (٦٣/٤)، مجمع الزوائد للهيتمي (٢٧١/٨) بطرق مختلفة ضعفها الحافظ ابن حجر. انظر: تلخيص الحبير (٣٠/١، ٣١).

(٣) احتج الإمام أحمد بأحاديث، منها أنه ﷺ أمر العرنين أن يشربوا من أبوال من إبل الصدقة، متفق عليه، وحديث «صلوا في مريض الغنم»، حسنه الترمذي. وحكى عنه أنه نجس قياسًا على بول ما لا يؤكل لحمه، وهي رواية أخرى. انظر: العدة شرح العمدة (ص ٢٦، ٢٧).

(٤) الحديث بروايات مختلفة عند البخاري في صحيحه (ح ٢٣٣) (٧٩/١)، ومسلم في صحيحه (١٢٩٦/٣)، مسند أحمد (٢٩٣/١)، سنن ابن ماجه (١١٥٨/٢)، تلخيص الحبير لاسر حجر (٤٣/١).

(٥) أحاب الخنايلة عن ذلك يقولهم: لا يصح هذا الجواب؛ لأن النبي ﷺ قال: «إن الله لم يجعل

السلام، سُئل عليه الصلاة والسلام عن التداوى بالخمر، فقال: «إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»^(١).

ونص الشافعي، رضي الله عنه، على أن من غُصَّ بلقمة له أن يسيغها بالخمر إن لم يجد غيرها، فمن أصحابنا من جوز التداوى قياساً على إساعة اللقمة^(٢)، وحمل الحديث على صورة علم أن الشفاء لا يحصل بها^(٣).

= فيما حرم عليكم شفاء، رواه الإمام أحمد في كتاب الأشربة، وسيأتي تمام تحريجه.

(١) أخرجه في السنن الكبرى للبيهقي (٥/١٠)، جمع الجوامع للسيوطي (٤٩٦١)، مجمع الزوائد للهيثمي (٨٦/٥)، فتح الباري لابن حجر (٧٩/١٠، ٢٤٧)، كنز العمال للمتقي الهندي (٢٨٣١٩، ٢٨٣٢٧)، تلخيص الحبير (٧٤/٤)، تذكرة الحفاظ (٢٠٧)، كشف الخفا (٢٧٦/١)، الدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة للسيوطي.

قلت: وهذا الحديث عام في كل حرام. وروى مسلم وأحمد أن طارق بن سويد الجهني سأل رسول الله ﷺ عن الخمر، فنهاه عنها، وقال: «إنه ليس بدواء ولكنه داء»، ولابن حبان: «إنما ذلك داء وليس بشفاء»، مسلم (١٥٧٣/٣) ولا يعني ذلك تخصيص الأول بالثاني، بل الأول باقٍ على عمومته.

(٢) قلت: نص الشافعي، رضي الله عنه، على أن من غص بلقمة له أن يسيغها بالخمر إن لم يجد غيرها، دليله من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾، وقوله: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، وقوله: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

والخمر من المحرمات لذاتها، فلا تباح إلا عند الضرورة، كالغصة كما نص على ذلك الشافعي وغيره، ولا تباح عند الحاجة؛ لأنها ليست من المحرمات لغیرها، فقد تقرر في الأصول أن الحرام لذاته كالخمر، والميتة، والدم، ولحم الخنزير، لا يباح إلا عند الضرورة، ولا يباح عند الحاجة كالحرام لغيره مثل نظر الطبيب إلى عورة المرأة بقصد العلاج أو عند الولادة، وذلك عند عدم وجود أنثى تجيد مهنة الطب والولادة.

وقياس التداوى على إساعة اللقمة فيه نظر كما ترى لوجهين:

الأول: ما سبق ذكره.

والثاني: أن القياس هو حمل ما لا نص فيه ولا إجماع إلى ما يشبهه من نص أو إجماع؛ ليحكم فيه بنفس الحكم؛ لاتفاقهما في العلة التي هي علامة الحكم، وهما نص في تحريم التداوى بحرام لم يقم الدليل على تخصيصه، فلا يجب العمل بالقياس وترك النص، والله أعلم.

(٣) قلت: وما ذكره الإمام الغزالي هنا عن الشافعي مخالف لما نص عليه هو، رحمه الله، في كتابه الأم، قال: وقد قيل: إن من الضرورة وجهاً ثانياً، وهو أن يمرض الرجل فيقول له أهل العلم به، أو يكون هو من أهل العلم به: إن هذا المرض قلما يبرأ من كان به مثله، إلا أن يأكل كذا، أو =

الثالثة: الألبان، وهى طاهرة من الآدمى وكل حيوان مأكول، والمذهب بنجاستها من كل حيوان لا يؤكل؛ لأنها من بين فرث ودم^(١)، وإنما طهارتها لحل التساول. واختلفوا فى الإنفحة، وهى لبن يستحيل فى جوف الخروف^(٢) والجدى وغيرهما، والقياس بنجاستها.

ومنهم من حكم بالطهارة، إذ بها يجين اللبن، والأولون لم يحتزوا منه.

الرابعة: المنى، فهو طاهر من الآدمى خلأفاً لأبى حنيفة^(٣)، ومنى سائر الحيوانات

«يشرب كذا، أو يحلل بئرته وشفائه، فيكون له أكل ذلك وشربه ما لم يكن خمرًا إذا بلغ ذلك منها ما أسكرته، أو شيئاً يذهب العقل من المحرمات أو غيرها، فإن ذهب العقل محرم، وليس له أن يشرب الخمر؛ لأنها تعطش أو تجمع، ولا لدواء؛ لأنها تذهب العقل، وذهب العقل يمنع الفرائض، ويؤدى إلى إتيان المحارم. انظر: الأم (٢/٢٢٦).

(١) إشارة لقول الله تعالى: ﴿نَسْفِكُمْ مِمَّا فِى بَطْنِهِ مِنْ بَيْنِ فَرثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ﴾ [النحل: ٦٦].

(٢) سبق أن ذكرنا معنى يستحيل، يقال: استحال الشيء، أى تغير عن طبيعته ووصفه، فيكون المعنى هنا أن اللبن يخرج عن طبيعته ووصفه، وهو فى جوف الخروف.

(٣) قال الشوكانى: ذهب العترة وأبو حنيفة ومالك إلى نجاسته، إلا أن أبا حنيفة قال: يكفى فى تطهيره فركه إذا كان يابسًا، وهو رواية عن أحمد. وقالت العترة ومالك: لابد من غسله رطبًا ويابسًا. وقال الليث: هو نجس ولا تعاد منه الصلاة.

وقال الحسن بن صالح: لا تعاد الصلاة من المنى فى الثوب وإن كان كثيرًا، وتعاد منه إن كان فى الجسد وإن قل. قال ابن حزم فى المحلى: وروينا غسله عن عمر بن الخطاب، وأبى هريرة، وأنس، وسعيد بن المسيب. وقال الشافعى وداد، وهو أصح الروایتين عن أحمد، بطهارته، ونسبه النوى إلى الكثيرين، وأهل الحديث.

قال: وروى ذلك عن على بن أبى طالب، وسعد بن أبى وقاص، وابن عمر، وعائشة. قال: وقد غلط من أوهم أن الشافعى منفرد بطهارته. أ.هـ.

قلت: وما احتج به القائلون بالطهارة ما روى أن عائشة كانت تفرقه من ثوب السى ﷺ، وأجيب عنه بأن ذلك من فعلها، ولا حجة فى فعلها إلا إذا قرره النبى ﷺ، إلا أنه إذا فرض اطلاع النبى ﷺ على ذلك، أفاد المطلوب وهو الاكتفاء فى إزالة المنى بالفرك؛ لأن الثوب ثوب النبى ﷺ، وهو يصلى فيه كما ثبت، ولو كان الفرك غير مطهر، لما اكتفى به ولا صلى فيه، ولو فرض عدم اطلاع النبى ﷺ على الفرك، فصلاته فى ذلك الثوب كافية؛ لأنه لو كان نجسًا لنبه عليه حال الصلاة بالوحى كما نبه بالقدر السدى فى النعل، وأيضًا ثبت السلت للرطب والحك للباس من فعله ﷺ. أ.هـ. بتصرف غير مخل، ولم نذكر حجاج من قالوا بنجاسة منى الآدمى، ومنهم الشوكانى؛ لعدم الإطالة، والتزامًا بمذهب الإمام الغزالى فى مصنفه، فراجع فى نيل الأوطار (١/٥٣، ٥٤، ٥٥) باب ما جاء فى المنى.

الطهارة فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: الطهارة؛ لأنه أصل حيوان طاهر، فأشبهه منى الآدمى.

والثاني: النجاسة، فإن ذلك تكربة للآدمى^(١).

والثالث: أنه طاهر من الحيوان المأكول تشبيهاً ببيض الطائر المأكول.

وأما منى المرأة، ففيه خلاف مبنى على أن رطوبة باطن فرجها طاهر أو نجس، وفيه وجهان.

والخامسة: البيض وهو طاهر من كل حيوان مأكول، ومما لا يؤكل لحمه فوجهان، وإذا استحالت مَذْرَعَةً^(٢) فُتَخْرِجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْمَنَى إِذَا اسْتَحَالَ مَضْغَةً، ففِي وَجْهِ تَسْتَدَامُ الطَّهَارَةَ، وَفِي وَجْهِ يَحْكُمُ بِنَجَاسَتِهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَالَ دَمًا.

فروع أربعة: الأول: إذا ماتت الدجاجة وفي بطنها بيض، فهل ينحس؟.

فعلى وجهين: أحدهما: نعم كاللبن. والثاني: لا؛ لأنه منعقد في نفسه لا يمتزج بغيره.

الفرع الثاني: إذا أبين عضو من الآدمى أو السمكة، ففيه وجهان: أحدهما: أنه طاهر، وهو الأظهر؛ لأن ما أبين من الحى فهو ميت، ولا تزيد الإبانة على الموت.

الثالث^(٣): دود القز طاهر، ويجوز بيعه، وفي روثه، وبزره^(٤) من الخلاف الذى فى بيض الحيوان الذى لا يؤكل.

الرابع: المسك طاهر وفي فأرته وجهان، أصحهما الطهارة؛ لأنه لم يحترز الأولون من استصحابه^(٥).

(١) ودليل اختصاص الله الإنسان بالتكريم قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [الإسراء: ٧٠].

(٢) مَذْرَعَةٌ: بفتح الميم وكسر الذال، وهى التى تحولت دمًا، كالمنى الذى تحول مضغته. ومذرة: يقال: مذرت البيضة، أى فسدت، والمذرة القذرة. انظر: القاموس المحيط (١٣٧/٢).

(٣) الثالث من الفروع.

(٤) البزر، والبذر: كل حب يبذر فهو بذر، وبزر. انظر: القاموس المحيط (٣٨٣/١)، المصاحح المنير (٥٥/١).

(٥) ومما يدل على طهارة المسك أن النبى ﷺ امتدحه فى غير موضع، ومثل الصاحب الحسن الطيب به، وقال فيه إنه: «أطيب الطيب». انظر: صحيح مسلم (١٧٦٦/٤)، سنن النسائى (٣٩/٤)، =

الفصل الثاني

فى الماء الراكد إذا وقعت فيه نجاسة

أما القليل فينجس وإن لم يتغير مهما وقع فيه نجاسة يدركها الطرف، فإن كان لا يدركها، فنص الشافعى، رضى الله عنه، فيه مختلف^(١):

فمنهم من قال: قولان: أحدهما: أنه يجتنب فى الماء والثوب؛ لتحقيق وصول النجاسة. والثانى: أنه يعفى عنه؛ لتعذر الاحتراز منه.

ومنهم من قال: يعفى عنه فى الماء، ولا يعفى فى الثوب على وفق النصين؛ لأن أكثر ذلك يقع بطيران الذباب من النجاسة، ولا يمكن صون الماء عنه، وصون الثوب عنه ممكن، فإن فى طيرانها ما يجفها، وصونه عن غيره من النجاسات ممكن، وهو الأصح.

ومنهم من عكس وقال: يعفى فى الثوب؛ لأنه بارز للنجاسات، وتغطية الماء ممكن، وهذا خلاف النص.

ولعل الصحيح أن ما انتهت قلته إلى حد لا يدركه الطرف مع مخالفة لونه للون ما اتصل به، فهو معفو عنه، وإن كان بحيث يدركه الطرف عند تقدير اختلاف اللون، فلا يعفى عنه.

قال مالك: الماء لا ينجسه شيء إلا ما غير طعمه، أو لونه، أو ريحه. وفرق الشافعى، رضى الله عنه، بين القليل والكثير؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً»^(٢).

سنن الترمذى (٩٩١)، مسند الإمام أحمد (٤٠٢٣٦/٣)، مستدرک الحاکم (٣٦١/١)، إتحاف السادة المتقين (٢٥٢/٣)، علل الحديث لابن أبى حاتم الرازى (١٥٨٨)، صحيح ابن عزيمة (٢٥٨٤)، كنز العمال (٤١٠٣٨)، منحة المعبود للساعاتى (١٨٤٥).

(١) وردت نصوص مختلفة عن الشافعى، رحمه الله، فى غير موضع، منها قوله فى المختصر: وإذا وقع فى الإناء نقطة حمر، أو بول، أو دم، أو أى نجاسة كانت مما يدركه الطرف، فقد فسد الماء، ولا تجزئ به الطهارة. وقال فى الأم: إنه لا فرق بين النجاسة المدركة وبين غيرها. ونقل فى الأمالى: التسوية بينهما فى الثوب. انظر: الأم (٣/١ - ٥)، المختصر للمزنى (٣٩/١)، فتح العزيز (٢٠٨/١).

(٢) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٢١/١)، ابن حجر فى تلخيص الخير (١٦/١)، الألبانى فى إرواء الغليل (٦٠/١)، ورواه بلفظ: «لم ينجسه شيء» ابن ماجه فى سننه (٥١٧)، الدارمى فى سننه (١٨٧/١)، بلفظ: «إذا بلغ الماء قلتين فما فوق»، السيوطى فى جمع الجوامع (١٤٦٥)، ورواه مقيداً بقلال حجر، الحاکم فى المستدرک (١٣٤/١)، الزبيدى فى إتحاف =

فإذا بلغ قلتين فينجس إذا تغير بالنجاسة، وإن كان التغير يسيراً، ثم يعود طاهرًا مهما زال التغير بهبوب الريح وطول المكث.

ولو زال بوقوع الزعفران أو المسك فلا؛ لأنه استتار لا زوال، ولو زال بوقوع التراب، فقولان منشؤهما التردد في أن التراب ساتر أم مبطل. فإن قيل: ما حد القلتين؟ قلنا: قيل: خمسمائة من. وقيل: خمسمائة رطل^(١).

والأقسط ما ارتضاه القفال وصاحب الكافي^(٢) أنها ثلاثمائة من^(٣)؛ لأنه مأخوذ من استقلاق البعير، وإبل العرب ضعاف لا تحمل أكثر من مائة وستين ماء، فيحط عنه عشرة أمانان للراوية^(٤) والحبال.

والصحيح أن هذا تقريب وليس بتحديد، فعلى هذا قال الأكثرون: لو نقص رطلان لم يضر^(٥)، ولم يسمحوا بثلاثة. ومنهم من لم يسمح بأكثر من ثلاثة.

وقال صاحب التقريب^(٦): لا يضر نقصان نصف القربة، وهو الذي تردد فيه ابن

السادة المتقين (٣٢٣/٢)، المحلوني في كشف الخفا (٨٧/١)، (٥٨٤/٢)، العراقي في المغنى عن حمل الأسفار (١٢٨/١)، المتقي الهندي في كنز العمال (٢٧٤٩٧).

وروى بما يغلب على الظن أنه مقدار قلتين، بلفظ: «إذا بلغ الماء قدر قلتين»، البيهقي في السنن الكبرى (٢٦٢/١)، وروى بما هو أكثر من القلتين، ولا حاجة لذكره هنا.

(١) المَن: كيل، أو ميزان يوزن به. والرطل: مكيال أيضًا.

قلت: وهو عندنا بمصر ميزان. انظر: القاموس المحيط (٢٧٤/٤)، المصباح المنير (٢٤٦/١).

(٢) هو أبو عبد الله الزبير بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن الزبير بن العوام الأسدي، كان إمامًا حافظًا للمذهب، عارفًا بالأدب والقراءات، خبيرًا بالأنساب، من مصنفاته الكافي، والمسكت، والنية، وستر العورة وغيرها، توفي سنة (٣١٧هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٩٥/٣) وما بعدها، وفيات الأعيان (٦٩/٢).

(٣) قال الشافعي، رحمه الله: فالاحتياط أن تكون القلة قرتين ونصفًا، فإذا كان الماء خمس قرب، لم يحمل نجسًا في جريان وغيره، وقرب الحجاز كبار، فلا يكون الماء الذي لا يحمل نجاسة إلا بقرب كبار. انتهى. انظر: الأم (٤/١).

(٤) الراوية: الزادة، أي الإناء، التي فيها الماء، وتطلق على البعير الذي يستقي عليه انظر القاموس المحيط (٣٣٩/٤)، المصباح المنير (٢٦٤/١).

(٥) وهو ما دلت عليه رواية البيهقي في السنن الكبرى (٢٦٢/١)، بلفظ: «إذا بلغ الماء قدر قلتين».

(٦) هو الإمام أبو الحسن القاسم بن الإمام أبي بكر محمد بن علي القفال الشاشي الكبير، تخرج عنه فقهاء خراسان، وازدادت طريقة أهل العراق به حسنًا، وقد ذكر البغدادى أنه توفي في حدود سنة (٤٠٠هـ)، وكتابه التقريب من شروح مختصر المزني، وهو كتاب جليل عظيم الفائدة. =

جريح^(١)، إذ قال: لقد رأيت قلال حجر، فكانت القلة تسع قربتين، أو قربتين وشيئا. ولعل الأقرب أن يقال: إذا نقص قدرٌ لو طرح عليه من الزعفران مثل ما طرح على الكمال لظهر التفاوت للحس، فهو مؤثر.

وهذا الضبط أولى من التقدير بالأرطال، فإن ذلك تشوُّفٌ إلى التحديد، فإن وقع الشك في أنَّ الناقص فوق هذا القدر، أو دونه، فيحتمل أن يقال: الأصل النجاسة إلى أن تستيقن الكثرة الدافعة، أو يقال: الأصل طهارة الماء إلى أن يستيقن القصان، والاحتمال الأول أظهر.

فروع خمسة:

الأول: إذا وقعت نجاسة مائعة في قلتين، فالكل طاهر، وإن كانت جامدة فالقول الجيد: أنه لا يجوز الاغتراف إلا بعد التباعد عنها بقتلتي.

والقول القديم، وعليه فتوى الأكثرين: أنه لا يجب التباعد عنها بقتلتي؛ لأن الماء الكثير دافع للنجاسة بكثرتة، فالاغتراف من جوارها ليس بأبعد من الاغتراف من جوار الماء المحتجب بسببها، فإن أوجبنا التباعد، فلو كان في بحر، فتباعد بقدر شبر ليحسب العمق في قلتين لم يجز، بل ينبغي أن يتباعد قدرًا لو حسب مثله في العمق وسائر الجوانب كان قلتين.

الثاني: قلتان نجستان جمعتا عادتا طاهرتين، فإذا فرقنا بقيتا على الطهارة، ولم يضر التفريق.

الثالث: كوز فيه ماء نجس غمس في ماء كثير، فإن كان الكوز واسع الرأس طهر بالاتصال بالكثير إن مكث ساعة.

وهل يطهر على الفور؟ فيه خلاف، وإن كان الكوز ضيق الرأس فالأشهر أنه لا يطهر؛ لأنه لا يتعدى إليه قوته، ولا يصير كالجزم منه.

الرابع: إذا وقعت نجاسة جامدة في الماء الكثير وتروح بها.

-انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٤٧٢/٣ وما بعدها)، هدية العارفين (١/٨٢٧).

(١) هو أبو الوليد عبد الملك بن عبد العزيز، رومي الأصل، مكى المولد والوفاة، إمام الحجاز في عصره، وهو أول من صنف التصانيف في العلم بمكة، وهو من تابعي التابعين، سمع من التابعين طاوس، وعطاء، ومجاهد، ونافع، والزهري، ومخلائق من التابعين غيرهم، توفي سنة (١٥٠هـ) وقد جاوز المائة. انظر: طبقات ابن سعد (٥/٤٩١)، الأعلام (٤/٣٠٥).

ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا ينحس؛ لأنه تغير بالمجاورة. والثاني: ينحس؛ لأنه تغير بعد الوقوع فيه والتغير به يُعد مستقذراً.

الخامس: إذا وقع في البئر نجاسة وغيرته، فالطريق أن يزال تغيره بالمكاثرة بالماء، أو بالصبر حتى يزول بطول المكث، فإن وقعت فيها فأرة وانمطت شعورها، فكل دلو يستقيه لا ينفك عن شعر في غالب الأمر.

فالطريق أن يُستقى الماء بدلاء على الولاء إلى أن تُنزف مثل حمة البئر مرة أو مرات استطهاراً، فما يتجدد بعد ذلك من الماء طاهر؛ لأنه مستيقن الطهارة، وكون الشعر فيه مشكوكاً فيه، بل الغالب عدمه؛ لأنه استيقاء جميع الماء على الولاء يستوعب جميع الشعر في غالب الأمر.

الفصل الثالث: في الماء الجارى

وطبيعة الماء الجارى التفاصيل فى الجريات، بخلاف الراكد، فإن طبيعته التواصل والتراد. فإذا وقعت نجاسة، فإن كانت حامدة تجرى بجري الماء، فما فوقها طاهر، إذ لم يتصل بها، وما على يمينها وشمالها، وفي سمتها إلى العمق طريقان:

منهم من قطع بالطهارة لتفاصيل جميع أجزاء الجارى. ومنهم من خرّج على قولى التباعد؛ لأن التفاصيل من جهة تلاحق الجريات فى طول النهر لا فى العرض.

فإن كانت النجاسة واقفة، فالحكم ما سبق إلا ما أمام النجاسة، فإن الماء يجرى عليها، وينفصل عنها فهو نجس فيما دون القلتين، فإذا انتهى إلى حد القلتين، فوجهان.

قال صاحب التلخيص^(١): هو طاهر؛ لأن بين المغترف وبين النجاسة قلتان^(٢).

وقال ابن سريج^(٣): هو نجس وإن امتدّ الجدول فراسخ إلى أن يجتمع فى حوض قدر

(١) هو أحمد بن أبى أحمد القاص الطبرى، الشيخ الإمام أبو العباس ابن القاص، إمام عصره، وصاحب التصانيف المشهورة، أخذ الفقه عن ابن سريج، وحدث عن أبى حليفة والحضرمى وغيرهما، وعنه أخذ أهل طبرستان الفقه. من تلامذته أبو على الزجاجى. من مصنفاته التلخيص، والمفتاح، وأدب القاضى، والمواقيت وغيرها. توفى سنة (٣٣٥هـ) بطرسوس انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٥٩/٣) وما بعدها، وفيات الأعيان (٥١/١).

(٢) قلتان، كذا بالأصل وهو خطأ، والصحيح قلتين.

(٣) هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج، شيخ المذهب وحامل لوائه، والبدر المير فى سمائه، تفقه على أبى القاسم الأنطاقي، وسمع الزعفرانى، وأبا داود السجستانى وغيرهما. مرجع كل أصحاب الشافعى، انتهت إليه الرحلة، وتوافدت عليه أفواج الطلبة، تولى القضاء بشيراز، ثم =

قلتین، وهو الصحيح؛ لأن جریات الماء متفاصلة، فلا تحصل الكثرة إلا بالركود.

أما إن كانت النجاسة مائعة، فإن غیرت الماء، فالقدر المتغیر كنجاسة جامدة، وإن انمحصت لم ینجس الماء، وإن كان قليلاً؛ لأن الأولین ما زالوا يتوضأون ويستنجون من الأنهار الصغیرة^(١)، هذا فی الأنهار المعتدلة.

أما النهر العظیم الذی یمکن التباعد فیہ عن جمیع جوانب النجاسة بقدر قلتین فصاعداً، فالذی قطع به معظم الأئمة^(٢) أنه لا یجتنب فیہ إلا حریم النجاسة، وهو الذی تغیر شکله بسبب النجاسة، وهذا الحریم یجتنب فی الماء الراكد أيضاً.

فرع: الخوض إذا كان یمجرى الماء فی وسطه وطرفاه راکدان، فللطرفین حکم الراكد، وللمتحرك حکم الجاری، فلو وقعت نجاسة فی الجاری، فلا ینجس الراكد إذا لم نوجب التباعد، وإن كان الجاری قليلاً، وإن وقعت فی الراكد وهو أقل من القلتین، فهو نجس. والجاری یلاقی فی جریانه ماءً نجساً، فإن كان یختلط به ما یغیره لو خالفه لونه، فینجسه.

الفصل الرابع

فی كيفية إزالة النجاسة وحکم الغسالة

والنجاسة لا تخلو إن كانت حکمية، فیکفی إجراء الماء علی جمیع موارد النجاسة. وإن كانت عينية^(٣)، فلا بد من إزالة عینها، فإن بقى طعم النجاسة لم یطهر، فإنه یدل

«امتنع عنه. من مصنفاته الكثيرة کتاب اعترض فیہ علی الشافعی. قال ابن السبکی: وهو حافل ونفیس. توفي ببغداد سنة (٣٠٦هـ). انظر: طبقات الشافعية الکبری (٢١/٣ وما بعدها)، البداية والنهاية (١٢٩/١).

(١) لم یثبت أن الأولین كانوا يتوضأون تحت المستنجین، ولا أنهم كانوا يستنجون فی نفس الماء؛ لورود النهی من النبی ﷺ عن التبول والتمشیط فی محل الاغتسال، وهو عام، سواء كان الماء جاریاً أو راکداً، وبالإجماع الذی نقله الشوکانی عن النووی والشافعی والبیهقی وغيرهم، علی أن المتغیر بالنجاسة ریئاً أو لوناً أو طعماً نجس.

ونقل الإجماع ابن المنذر، فقال: أجمع العلماء علی أن الماء القلیل والكثیر إذا وقعت فیہ نجاسة فغیرت له طعماً أو لوناً أو ریئاً، فهو نجس، وغالب ما استدل به من قال بعدم نجاسة الأنهار الصغیرة والماء الراكد إذا تغیر، حدیث بثر بضاعة، وقد اختلف فی تضعیفه، وحديث. «إن الماء لا یمحسه شیء»، وهو ضعيف. انظر: المجموع (١٤٣/١، ١٤٤)، نیل الأوطار (٢٨/١)، (٢٩).

(٢) قوله: فالذی قطع به معظم الأئمة، یقصد، رحمه الله، أئمة المذهب الشافعی.

(٣) النجاسة الحکمية هی التي لا تحس بإحدى الحواس الخمس مع تیقن وجودها، والعينية هی =

على بقاء العين، وإن بقي اللون بعد الحت والقرص، فهو معفو عنه؛ لتعذر إزالته، بخلاف إزالة الطعم، وإن بقيت الرائحة، فوجهان أصحهما أنه كاللون؛ لأنها تعبق^(١) بالثوب إذا كانت فاتحة، ويعسر إزالتها.

ثم يستحب الاستظهار في العينية والحكمية بعد حصول الطهارة بغسله ثانية وثالثة^(٢).

وهل تقف الطهارة على عصر الثوب؟ فيه وجهان يتنبان على أن الغسالة طاهرة أو نجسة؟.

فإن قلنا: يجب العصر، ففي الاكتفاء بالجفاف وجهان، ووجه المنع أنا نقدر انتقال النجاسة بالعصر، ولا يجوز بالجفاف إلا بلل الماء.

هذا إذا أورد الماء على النجاسة، فإن أورد الثوب النجس على ماء قليل نجس الماء ولم يطهر الثوب.

وقال ابن سريج: يطهر؛ لأن الملافة لا تختلف بأن يكون الثوب مورداً للماء، أو وارداً عليه، وزاد عليه، فقال: لو كان في إحانة ماء نجس فكوثر بصب ماء قليل عليه صار الكل طاهراً بناء على أن غسالة النجاسة طاهرة، ثم قضى بأن الثوب لو وقع في ماء قليل بتحريك الريح نجس الماء، فظن به أنه يشترط النية في إزالة النجاسة، هذا كله في الثوب.

أما الأرض إذا أصابتها نجاسة إن كانت جامدة ترفع عينها، وإن كانت مائعة كالبول يفاض الماء عليه بحيث تحصل به الغلبة على النجاسة^(٣).

= التي لها حرم أو أثر أو طعم أو لون أو رائحة.

(١) العبق: ظهور الرائحة بالثوب، أو اليلدن. يقال: عبق به الطيب عبقاً. انظر: المصباح المنير (٣٨/٢).

(٢) قلت: ومن الحكمية التي يستحب الاستظهار منها، ومن ثم فالعينية تكون أولى، هي غسل اليدين ثلاث، ففي الخبر عنه ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من نومه، فلا يدخل يده الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات، فإنه لا يدرى أين باتت يده».

رواه بالفاظ مختلفة البخاري في صحيحه (٥٢/١)، وأحمد في المسند (٤٦٥/٢، ٢٥٣/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٥/١)، ومالك في الموطأ (٢١)، والدارمي في سننه (١٩٦/١)، والبعقوي في شرح السنة (٤٠٦/١)، وإبدائع المتن (٦٤).

(٣) وذلك لحديث: «صبوا عليه ذنوباً من الماء». انظر: تلخيص الحبير لابن حجر (٣٦/١)، كتر =

وقال أبو حنيفة: هذا زيادة في النجاسة، وهو مخالف لقوله عليه الصلاة والسلام: «صبوا عليه ذنوباً من الماء؛ لما بال الأعرايى في المسجد».

ثم إن لم نوجب عصر الثوب طهر بالإفاضة، وإلا فنضوب الماء في الأرض كالعصر في الثوب، فيطهر قبل الجفاف.

وللشافعي، رضى الله عنه، قول قديم في أن الأرض إذا جفت عن البول بالشمس عادت طاهرة، ولا تفريع على هذا القول، فعلى هذا الآجر الذي عجن بماء نجس طاهر على القديم؛ لأن تأثير النار أكد من تأثير الشمس.

وعلى الحديد لو نقع في الماء لم يطهر باطنه، بخلاف اللبن، فإنه يطهر إذا نضب الماء فيه، ولكن إذا أفيض الماء على الآجر، قال القفال: يطهر ظاهره، وهذا حسن، وإن لم يختلط به جرم النجاسة.

وقال أبو حامد^(١): لا يطهر، وهذا لا يتجه إذا لم يختلط به جرم النجاسة بأن كان معجوناً بماء نجس، فإن الماء يجري على ظاهره ولا محالة فيطهر.

هذا كله في النجاسة المطلقة سوى المخففة والمغلظة.

أما المخففة، فبول الصبي قبل أن يطعم الطعام يكفي فيه رش الماء، بحيث يصيب جميع موارد النجاسة، ولا يشترط الإجراء والغسل بخلاف الصغيرة؛ لما روى أن الحسن أو الحسين^(٢)، رضى الله عنهما، بال في حجر رسول الله ﷺ، فقالت لبابة بنت

العمال (٤٩٣٦)، ولفظ: «دلوًا» عند البيهقي في السنن الكبرى (٤٢٧/٢)، مسند الحميدي (١١٩٦)، بدائع المنن للساعاتي (٤٤)، مسند الشافعي (٤٤)، وعند أبي داود في سننه (١٣٧) بلفظ: «سجلاً».

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد الشيخ أبو حامد الإسفرائيني، انتهت إليه رئاسة الدين والدين ببغداد، ولد سنة (٣٤٤هـ)، وتوفي ببغداد سنة (٤٠٦هـ)، نسبته إلى إسفرايين بلدة بخراسان بنواحي نيسابور، من شيوخه ابن المرزباني، والداركي، وعبد الله بن عدي. ومن تلاميذه سليم الرازي وغيره. من مصنفاته شرح مختصر المزني، والتعليق الكبرى، وكتاب في أصول الفقه. انظر: طبقات الشافعية (٦١/٤)، البداية والنهاية (٢/١٢)، وفيات الأعيان (٧٢/١).

(٢) الحسن هو ابن علي بن أبي طالب القرشي الهاشمي، سبط رسول الله ﷺ، وسيد شباب أهل الجنة، وخامس الخلفاء الراشدين، أصلح الله به بين فتنين عظيمتين، دخل أصفهان عازياً محتاراً إلى غزاة جرجان، ومن أحسن الناس علماً ومنطقاً وقصاحة، وهو أشبه خلق الله برسول الله ﷺ في وجهه، وأحب الناس إليه، ولد في رمضان سنة ثلاث من الهجرة، وتوفي سنة (٥٠هـ)، وقيل سنة (٤٩هـ).

والحسين هو ابن علي بن أبي طالب، أخو الحسن ابن فاطمة الزهراء بنت رسول الله ﷺ،

الحارث^(١): «أغسل إزارك؟ فقال عليه السلام: وإنما يغسل من بول الصبية، ويُرش على بول العلام^(٢). منهم من قاس الصبية عليه، وهو غلط؛ لمخالفته النص.

أما المغلظة فحاسة الكلب، فيغسل الإناء من ولوغ الكلب سبغاً؛ للحبر^(٣)، وفي معناه لعابه، وعرقه، وروثه، وسائر أجزائه، خلافاً لأبي حنيفة.

وفى إلحاق الخنزير به قولان من حيث إنه مخصوص بالتغليظ كالكلب، إلا أن الاختلاط به لا يقع غالباً، هذا منشأ التردد.

ثم خاصية هذه الحاسة العدد والتعفير، أما العدد، فلا يسقط إلا إذا غمس الإناء في ماء كثير، ففيه وجهان: أحدهما: لا يسقط وفاءً بالتعبد. والثاني: يسقط؛ لأنه عاد إلى حالة لو كان عليها ابتداءً لم ينحس^(٤).

=وريجاته في الدنيا، ولد في سنة (٤هـ)، واستشهد يوم عاشوراء في المحرم سنة (٦١هـ).
انظر: الإصابة في معرفة الصحابة (٦٨/٢، ٧٦)، البداية والنهاية (٣٣/٨ - ٤٥، ١٤٩/٨ - ٢١٣)، الأعلام (٢١٤/٢، ٢٦٣/٢).

(١) هي لبابة بنت الحارث بن حزن الهلالية أخت ميمونة أم المؤمنين، وزوجة العباس بن عبد المطلب وأم أولاده الستة، الحبر الفقيه عبد الله، والفضل، ومعبد، وعبيد الله، وقثم، وعبد الرحمن، هي أول امرأة أسلمت بعد خديجة، رضى الله عنها، لها في كتب الحديث ثلاثون حديثاً، توفيت قبل زوجها في خلافة عثمان. انظر: الإصابة (٢٧٦/٨).

(٢) انظر: سنن أبي داود (٣٧٥)، السنن الكبرى للبيهقي (٤١٤/٢)، مستدرک الحاكم (١٦٥/١)، تلخيص الحبير (٣٨/١)، شرح السنة للبغوي (٨٦/٢). رواه البخاري في صحيحه في كتاب الوضوء بلفظ: «أتى رسول الله ﷺ بصبي، فبال على ثوبه، فدعا بماء فنضحه ولم يغسله».

(٣) وهو قوله ﷺ: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه، ثم ليغسله سبغاً». أخرجه مسلم في صحيحه (الطهارة ٨٩)، سنن النسائي (٥٣/١، ١٧٧)، سنن ابن ماجه (٣٦٤، ٣٦٦)، وبلفظ: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله»، في مسند أحمد (٢٤٥/٢)، السنن الكبرى للبيهقي (١٨/١، ٢٣٩، ٢٤٨، ٢٥٦)، المعجم الصغير للطبراني (٩٢/١)، مسند الشافعي (٨)، شرح السنة للبغوي (٧٤/٢)، بدائع المنن للساعاتي (٣٦)، مجمع الزوائد للهيتمي (٢٨٦/١، ٢٨٧)، شرح معاني الآثار (٢٣/١).

(٤) قال الشوكاني: والحديث يدل، يعني حديث أبي هريرة الذي رواه مسلم وسق ذكره في التحقيق، على وجوب الغسلات السبع من ولوغ الكلب، وإليه ذهب ابن عباس، وعروة بن الزبير، ومحمد بن سيرين، وطاوس، وعمرو بن دينار، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو عبيد، وداود.

ودهبت العترة والحنفية إلى عدم الفرق بين لعاب الكلب وغيره من النجاسات، وحملوا حديث =

وأما التعفير، فاختلفوا في معناه، منهم من قال: هو تعيد محض لا يعسل. ومنهم من قال: هو معسل بالاستطهار بغير الماء؛ ليكون فيه مزيد كلفة وتغليظ^(١). ومنهم من قال: هو معسل، بالجمع بين نوعي الطهور. فعلى هذا الخلاف تخرج أربعة فروع:

= السبع على الندب، واحتجوا بما رواه الطحاوي والدارقطني موقوفاً على أبي هريرة أنه يعسل من ولوغه ثلاث مرات، وهو الراوي للغسل سبعاً، فثبت بذلك نسخ السبع، وهو مناسب لأصل بعض الحنفية من وجوب العمل بتأويل الراوي وتخصيصه ونسخه، وغير مناسب لأصول الجمهور من عدم العمل به.

ويحتمل أن أبا هريرة أفتى بالغسل سبعاً ورواية من روى عنه مخالفتهم من حيث الإسناد، ومن حيث النظر، أما من حيث الإسناد، فالموافقة وردت من رواية حماد بن زيد، عن ابن سيرين عنه، وهذا من أصح الأسانيد، والمخالفة من رواية عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عنه، وهو دون الأول في القوة بكثير، قاله الحافظ في الفتح. وأما من حيث النظر، فظاهر. وأيضاً قد روى التسييع غير أبي هريرة، فلا يكون مخالفة فتياه قاذحة في مروي غيره، وعلى كل حال، فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله ﷺ. انتهى. انظر: نيل الأوطار (٣٤/١).

(١) بل ورد الأمر بالتعفير من حديث عبد الله بن مغفل، قال: أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: «ما بالهم وبالكلاب»، ثم رخص في كلب الصيد وكنب الغنم، وقال: «إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات وغفروه الثامنة بالتراب»، سبق تخريجهم، وروى بلفظ: «الترييب»، ولفظ: «أن يغسله سبع مرات أولاًهن بالتراب».

قلت: أما علة التعفير أو الترييب، فقد كانت في الماضي سبباً لا علة، والفرق بينهما كما هو مقرر في الأصول، أن السبب هو ما يلزم من وجوده وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم، سواء كان مناسباً للحكم أو غير مناسب، ومعنى مناسب أي أن العقل يدرك بوضوح تبريراً لهذا السبب الذي أوجد الحكم، فإن أدرك العقل تبريراً سمي السبب الذي أوجد الحكم علة، لذا قلت: قد ثبت من خلال بحث علمي في الولايات المتحدة الأمريكية أن لعاب الكلب يترك في الآنية ميكروباً لا يرى بالعين المجردة، لا يُزال منها بأي مسحوق إلا بالتراب، فسبحان من قال: ﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى﴾.

قال الشوكاني: وقد خالفت الحنفية والعترة في وجوب الترييب، كما خالفوا في التسييع ووافقهم هاهنا المالكية مع إيجابهم التسييع على المشهور عندهم، قالوا: لأن الترييب لم يقع في رواية ما.

قال القرافي منهم: قد صحت فيه الأحاديث، فالحجب منهم كيف لم يقولوا بها، وقد اعتذر القائلون بأن الترييب غير واجب بأن رواية الترييب مضطربة. انتهى.

وقد أجاب الشوكاني على دعوى الاضطراب، فراجعته في نيل الأوطار (٣٦/١ - ٣٨)، المدخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية (كتاب لنا).

الأول: الصابون والأشنان^(١)، هل يقوم مقام التراب؟ فمن مَحْضُ التَّعْبُدِ، لم يجوز عند وجود التراب، واختلفوا عند عدمه، فمنهم من جوزه؛ لأن الاستطهار أيضًا مقصود مع كون المستعمل ترابًا، فعند العجز يقتصر على الممكن.

ومن علل بالاستطهار بشيء آخر، جوزه استعماله في كل حال.

ومن علل بالجمع بين نوعي الطهور، لم يُجَوِّزْ، وقد قيل: يجوز في الثوب لا في الإناء؛ لأن التراب يفسد الثوب^(٢)، وهو بعيد.

الثاني: التراب النجس اكتفى به من عِلَلٍ بالاستطهار، ولم يجوزه من مال إلى التَّعْبُدِ، أو إلى الجمع بين نوعي الطهور.

الثالث: إذا مُزِجَ التراب بالخل، فهو جائز عند من يعلل بالاستطهار أو بالجمع بين نوعي الطهور، وهو ممتنع عند من يحيل إلى التَّعْبُدِ.

الرابع: الغسلة الثامنة لا تقوم مقام التعفير إلا على وجه بعيد في أن الماء أولى بالتعفير من التراب.

فأما إذا ذُرَّ الترابُ على المحل بعد الغسل لم يجز، بل ينبغي أن يُكَدَّرَ به الماء حتى يصل بواسطته إلى جميع أجزائه، هذا حكم الكلب.

أما الهرة، فسورها طاهر، ولكن إذا أكلت فأرة، ثم ولغت في ماء قليل، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه نجس؛ لتيقن نجاسة الفم مع أنه لم يتيقن زوالها.

والثاني: أنه طاهر؛ لعدم الحاجة، ولقوله عليه السلام: «إنها من الطوافين عليكم والطوافات»^(٣).

(١) الأشنان: الحرض، وهو مادة كالصابون تغسل به الأيدي، وتنفع للحرب والحكة. انظر: القاموس للمحيط (١٩٨/٤)، المصباح المنير (٢٠/١).

(٢) قلت: ولأن الأدلة وردت مقيدة بالآنية.

(٣) الحديث بهذا اللفظ في: مسند الإمام أحمد (٣٠٣/٥، ٣٠٩)، إرواء الغليل للألساني (١٩١/١)، ١٩٢، شرح معاني الآثار (١٩/١)، التمهيد لابن عبد البر (٣١٨/١، ٣١٩، ٣٢١، ٣٢٣)، الطبقات الكبرى لابن سعد (٣٥١/٨)، مسند الشافعي (٩).

قال النووي: وهذا الحديث الصحيح عمدة مذهبنا في طهارة سؤر السباع وسائر الحيوانات غير الكلب والخنزير. انظر: المجموع (١٧١/١).

الثالث: أنها إن غابت واحتمل ولوغها في ماء كثير فطاهر، وإلا فنحس.

أما الفأرة إذا وقعت في ماء قليل وخرجت حية، فلا يحكم بنجاسة الماء على الأظهر، ولا مبالاة بتقدير النجاسة على محل النجس منها، بخلاف الآدمي إذا استنقع في ماء قبل الاستنجاء بالماء، فإنه يُنَحَّسُ الماء القليل، فإن الأولين لم يلتفتوا إلى تقدير ذلك في الفأرة، هذا كيفية الغسل في النجاسات.

أما الغسالة^(١)، ففيها ثلاثة أقوال: القديم: أنه طاهر أبداً، ما لم يتغير.

والجديد: أنه إن طهر المحل فطاهر ما لم يتغير، وإن لم يطهر المحل فنحس، فكان حكمها حكم المحل بعد الغسل.

والثالث وهو مخرج، أن حكمها حكم المحل قبل الغسل تخريجاً من رفع الحدث.

فعلى هذا لو أصابت قطرة من غسالة الكلب في الكرة الثالثة ثوباً، فلا يغسل على القديم، ويغسل على الجديد أربعاً؛ لأنه في حكم المحل بعد الغسل، ويعفر إن كان التعفير قد بقي. وعلى القول المخرج يغسل خمساً؛ لأن حكمه حكم المحل قبل الغسل.

فرع: المستعمل في النجاسة إذا حكمنا بطهارته، هل يستعمل في الحدث؟ فيه وجهان كالوجهين في المستعمل في الحدث أنه هل يستعمل في الخبث؟

* * *

الباب الثالث

في الاجتهاد بين النجس والطاهر

ومهما استبهم طاهر بنجس، وجب الاجتهاد والبناء على غالب الظن. وقال بعض أصحابنا: له أن يستعمل أي المائين شاء؛ لأنه استيقن الطهارة وشك في النجاسة.

وهو ضعيف؛ لأن يقين الطهارة عارضه يقين النجاسة. وقال المزني^(٢): يتيمم ولا يجتهد، وإن كان الاجتهاد في ثوبين، صلى صلاتين فيهما.

ثم للاجتهاد شرائط ستة: الأول: أن يكون للعلامة مجال في المجتهد فيه، كما إذا

(١) الغسالة: هي الماء الذي غسل به الشيء.

(٢) هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، صاحب الشافعي، وناصر مذهبه، وصف المختصر، والجامع الكبير، وغير ذلك. قال الشافعي عنه: لو ناظر الشيطان لغله ولد ستة (١٧٥هـ)، وتوفي سنة (٢٦٤هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣٨/١ - ٤٧)، الأعلام (٣٢٧/١).

اشتبه إناء نجس بطاهر، أو ثوب نجس بطاهر، فإن اشتبهت أخت من الرضاع بأجنبية، فلا اجتهد؛ لأنه لا علامة، ولو اشتبه لحم مذكاة بميتة، فلا اجتهد أيضاً على الأصح.

الثاني: أن يكون في المجتهد فيه أصل مستصحب به، كالماء النجس مع الماء الطاهر، فإن كان معه بول، أو ماء ورد، واشتبه بالماء، فالأظهر منع الاجتهاد؛ لأن الاجتهاد ضعيف في النجاسات، فلا بد وأن يعتضد بالاستصحاب.

الثالث: أن لا يقدر على الوصول إلى اليقين، فإن قدر على الخلاص بيقين في موضع آخره، كما إذا كان على شط البحر، ففي جواز الاجتهاد وجهان، ووجه الجواز أنها يقين في غير محل الاجتهاد، فلا يمنع، وعليه يُخرج ما إذا كان أحد الإنائين ماء مستعملاً أو ماء ورد، إذ استعمالهما ممكن جميعاً، وكذا إذا اشتبه الثياب ومعه ماء يغسل به ثوبه.

الرابع: أن تكون النجاسة مستيقنة في أحد الإنائين، فإن كان مشكوكاً فيه، فلا حاجة إلى الاجتهاد، بل يأخذ باليقين السابق، وإن كانت النجاسة غالبية على الظن، فيلتحق بمحل الشك أو باليقين؟ فعلى وجهين:

أحدهما: أنه لا حاجة إلى الاجتهاد؛ لأن اليقين لا يرفع بالشك كالطهارة مع الحدث.

والثاني: أنه يجتهد؛ لأن غلبة الظن^(١) لها تأثير في النجاسات، فإنها مطلوب بالاجتهاد، بخلاف الأحداث، فإنه لا مدخل للاجتهاد فيها، وعلى هذا يُخرج جواز الصلاة في ثياب مدمن الخمر والنصاري، والقضاة والتوضوء في أواني الكفرة المتدينين باستعمال النجاسة، والصلاة في المقابر المنبوشة، ومع طين الشوارع، فإن الغالب في الكل النجاسة، نعم يعفى من طين الشوارع عما يتعذر الاحتراز عنه.

ومهما أخبره عدل بولوج الكلب في أحد الإناءين، فهذا كاليقين، فلا يحتاج إلى الاجتهاد، وإن قال: أحدهما نجس، لم يلزمه القبول، إذ المذاهب مختلفة في أسباب النجاسة، فلعله اعتقد النجاسة فيما ليس بنجس.

وقد نص الشافعي، رضي الله عنه، على أنه لو رأى ظبية تبول في ماء، فانتبهى إلى الماء وهو متغير، فلا يدرى أنه من طول المكث أو البول، أخذ بنجاسته، إحالة على السبب الظاهر.

الخامس: أن يكون المجتهد بصيراً، فالأعمى يجتهد في وقت الصلاة بالأوراد، ولا

(١) الظن في اصطلاح الأصوليين، تجويز راجح، بمعنى أن فيه حكم لحصول الراجحية، ولا يقدح فيه احتمال له للقبض المرجوح. انظر: المدخل الأول من المداخل الأصولية، كتاب لنا.

يجتهد في القبلة. وهل يجتهد في الأواني؟.

فعلى وجهين؛ لتردد الأواني بين الأصليين. ويدرك الأعمى نجاسة أحد الإناءين بولوج الكلب بنقصان الماء واضطرابه وابتلال طرف الإناء.

السادس: أن تلوح له علامة في اجتهاده، فإن تأمل ولم يظهر له علامة تيمم، وصلى وأعاد الصلاة؛ لأنه تيمم، ومعه ماء مستيقن الطهارة وإن كان عاجزاً لجهله، ولكن الجهل ليس بعذر، فإن صب الماء قبل التيمم سقط القضاء، وهو معذور في صبه، بخلاف ما إذا كان الماء طاهراً، فإن ذلك لا يسقط القضاء في أحد الوجهين؛ لأنه متعد بالصب.

فروع ثلاثة: الأول: إذا صب أحد الإناءين قبل الاجتهاد أو غسل أحد الثوبين، فهل يجوز له الأخذ بالطهارة في الثاني؟.

فعلى وجهين: أحدهما: نعم؛ لأنه بقي شاكاً في نجاسته مع يقين الطهارة.

والثاني: لا؛ إذ كان الاجتهاد واجباً قبل الصب، فبعده كذلك. ولو أصاب أحد كُمَيْهِ نجاسة وأشكل فاجتهد وغسل ما أدى إليه اجتهاده، ففي صحة الصلاة وجهان. ومنشأ المنع أن هذا اجتهاد خال من الاستصحاب^(١)، فهو كماء الورد مع الماء.

الثاني^(٢): إذا أدى اجتهاده إلى أحد الإناءين فصلى به الصبح، فأدى اجتهاده عند الظهر إلى الثاني، ولم يبق من الأول شيء، نص الشافعي، رضي الله عنه، أنه يتيمم ولا يستعمل الآخر؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد^(٣)، وخرج ابن سريج قولاً أنه يستعمله

(١) الاستصحاب معناها عند الأصوليين استصحاب الحال لأمر وجودي أو عدمي، عقلي أو شرعي، ومعناه أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء ذلك لأمر ما لم يوجد ما يغيره، فيقال: الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، وكل ما كان فيما مضى ولم يظن عدمه، فهو مظنون البقاء. انظر: إرشاد الفحول (٢٣٧).

(٢) الثاني، أي من الفروع الثلاثة.

(٣) لم يقصد الإمام الغزالي، رحمه الله، بقوله: الاجتهاد، للمعنى الاصطلاحي عند الأصوليين، وهو بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط، بل الاجتهاد اللغوي الذي هو بذل الجهد والمثقة والطاقة في معرفة شيء، والاجتهاد الحسي الذي يدرك بالحواس الخمس الظاهرة أو الباطنة، وأيضاً نيل الأحكام من النصوص ظاهراً أو حفظ المسائل أو استعلامها من المفتي، أو بالكشف عنها في كتب الفقه والعلم فإن هذه، واللغوي والحسي وإن كان يصدق عليه الاجتهاد كلٌّ في موضعه، فإنه لا يصدق عليه الاجتهاد الاصطلاحي الذي لا يكون من عامي أو مقصر، بل من فقيه مستفرغ لوسعه لتحصيل ظن بحكم شرعي، وله شروط معروفة في كتب الأصول ليس هنا موضعها.

ويورده على جميع موارد الأول؛ لثلاثا يكون مصليا مع يقين النجاسة، وهو الأصح؛ لأن هذه قضية مستأنفة، فلا يؤثر فيها الاجتهاد الماضي^(١).

فإن فرعنا على النص، لم يقض صلاته الأول، وهل يقضى الثانية؟ فيه وجهان، وجه القضاء أن معه ماء طاهرا يحكم الاجتهاد، فكان كالطاهر باليقين إذا التبس عليه وجه الاجتهاد.

وعلى مذهب ابن سريج، لا قضاء في الصلاتين قطعاً، كما إذا صلى إلى جهتين باجتهادين ولم يتعين الخطأ في إحداهما.

الثالث: ثلاثة أواني، واحد منها نجس اجتهد فيها ثلاثة، واستعمل كل واحد واحداً، وصلوا ثلاث صلوات بالجماعة، كل واحد إمام في واحدة.

قال صاحب التلخيص^(٢): لا يصح لكل واحد ما كان مقتدياً فيه؛ لأنه شاك في صحة صلاة إمامه، فصار كالمقتدى بالحنثي.

وقال أبو إسحاق^(٣): الصلاة الأولى صحيحة لكل واحد في اقتدائه الأول وفي الاقتداء الثاني بطلت إحدى صلاتيه، فيلزمه قضاؤهما لينفص عنه ييقين.

وقال ابن الحداد^(٤): الاقتداء الثاني في حق كل واحد باطل؛ لأن فيه يتعين تقدير النجاسة.

أما نقض الاجتهاد، فلا يصح للمجتهد أن يكون له قولين مختلفين في وقت واحد؛ لأنه لا يحكم بدليلين مختلفين، بل يحكم بأقواهما، فإن تعادلا وجب الترجيح، وليس له أن ينقض باجتهاده ما حكم به حاكم آخر، وإذا حكم بما يخالف اجتهاده، فحكمه باطل؛ لأنه متعبد به إلا أن يكون قد رجع عن الأول بما دل عليه الدليل أن الثاني أولى. انتهى. كتابنا المداخل الأصولية للدعل الثاني، إرشاد الفحول (ص ٢٥٠ وما بعدها).

(١) ذكر الإمام النووي، رحمه الله، قول ابن سريج، وقال: ضعيف جداً. انظر: المجموع (١٩٠/١).

(٢) صاحب التلخيص هو أحمد بن أبي أحمد القاص، سقت ترجمته في الفصل الثالث.

(٣) أبو إسحاق هو إبراهيم بن أحمد أبو إسحاق المروزي، وهو إمام جماهير أصحاب الشافعية، وشيخ المذهب، المتفق على عدالته وتوثيقه، تفقه على ابن سريج، ونشر مذهب الشافعي في العراق، ثم انتقل إلى مصر وجلس مجلس الشافعي ونشر الفقه إلى أن لبي نداء ربه، ودفن بالقاهرة قريباً من الشافعي سنة (٣٤٠هـ). انظر: طبقات الإسنوي (٢/٣٧٥)، شذرات الذهب (٣٥٥/٢).

(٤) ابن الحداد هو عماد بن أحمد أبو بكر القاضي المصري صاحب الفروع، وهو من كبار أصحاب الشافعية، تفقه على أبي إسحاق المروزي، وانتهت إليه إمامة مصر في عصره. من مصنفاته الباهر في الفقه. توفي سنة (٣٤٥هـ). انظر: وفيات الأعيان (٣/٣٣٦)، طبقات الشافعية الكبرى (٧٩/٣).

الباب الرابع: فى الأواني

وفيه ثلاثة فصول:

الأول فى المتخذ من الجلود

وكل جلد طاهر يجوز اتخاذه الأواني منه، وطهارة الجلد بالذكاة والدباغ. أما الذكاة، فتطهر جلد كل ما يؤكل لحمة. وأما الدباغ، فيطهر كل جلد إلا جلد الكلب والخنزير وفروعهما، خلافاً لأبى حنيفة، فإنه ععم أثر الدباغ والذكاة جميعاً^(١).

(١) قلت: مذهب الشافعى أنه يطهر بالدباغ جميع جلود الميتة، إلا الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما، ويطهر بالدباغ ظاهر الجلد وباطنه، ويجوز استعماله فى الأشياء اليابسة والمائعة، ولا فرق بين مأكول اللحم وغيره، واستدل على استثناء الخنزير بقوله تعالى: ﴿فإنه رجس﴾، وجعل الضمير عائداً إلى المضاف إليه، وقاس الكلب عليه بجامع النجاسة. قال: لأنه لا جلد له. قال النووى: وروى هذا المذهب عن على بن أبى طالب، وابن مسعود. قال الشوكانى: واحتجاج الشافعى بالآية على إخراج الخنزير وقياس الكلب عليه، لا يتم إلا بعد تسييم أن الضمير يعود إلى المضاف إليه دون المضاف، وأنه محل نزاع، ولا أقل من الاحتمال إن لم يكن رجوعه إلى المضاف راجحاً، والمحتمل لا يكون حجة على الخصم.

وأيضاً لا يمتنع أن يقال: رجسية الخنزير على تسليم شمولها لجميعه، لحماً وشعراً وجلداً، وعظماً، مخصصة بأحاديث الدباغ. أ.هـ. وهذا يعنى عنده طهارة الجميع بالدباغ، والكلب والخنزير وما عداهما. قال النووى: وهو مذهب داود، وأهل الظاهر، وحكى عن أبى يوسف. انتهى. وهو ما دلت عليه الأحاديث، كقوله ﷺ: «هلا أخذتم إهابها فديغتموه». رواه الجماعة إلا ابن ماجه. وعند البخارى والنسائى بغير الديغ، وحديث الدارقطى وأصله فى مسلم: «دباغ كل إهاب طهوره»، ولا يخفى أن لفظ «كل» للعموم.

وقول مسودة أم المؤمنين: مانت لنا شاة فديغنا مسكها، رواه أحمد والنسائى والبخارى، وحديث عائشة، قالت: أمر رسول الله ﷺ أن ينتفع بجلود الميتة إذا ديفت، ولفظ الميتة عام. وحديث النسائى: سئل النبى ﷺ عن جلود الميتة، فقال: «دباغها ذكاتها». وللدارقطى، عن عائشة مرفوعاً، قال: «طهور كل أديم دباغه». قال: إسناده كلهم ثقات، ولا يخفى عيب ما فى هذه الأحاديث من ألفاظ العموم التى لم يعترضها إلا احتجاج الشافعى بالآية، وكذلك أبى حنيفة كما سيأتى، وقد أجابهما الشوكانى كما سبق.

وتفسير الضر بن شميل للإهاب، قال: إنما يقال: الإهاب بالجلد ما يؤكل لحمة. قال الشوكانى: هذا يخالف ما قدمنا عن أبى داود، أن الضر بن شميل فسر الإهاب بالجلد قبل أن يديغ، ولم يخصه بجلد المأكول، ورواية أبى داود عنه أرجح لموافقتها ما ذكره أهل اللغة، كصاحب الصحاح والقاموس والنهاية وغيرهم، والبحث لغوى فيرجح ما وافق اللغة، ولم نجد فى شيء من كتب اللغة ما يدل على تخصيص الإهاب بإهاب مأكول اللحم كما رواه الترمذى عنه. أما مذهب أبى حنيفة، فليس التعميم كما ذكر الغزالى، رحمه الله، بل استثنى الخنزير، واحتج=

وأما الآدمي، فلا ينجس بالموت على الصحيح، وإن قيل بنجاسته، ففى دباغ جلده تردد؛ لأنه معصية.

ثم كيفية الدباغ إحالة الجلد باستعمال الشث^(١) والقرظ^(٢) واستعمال الأشياء الحريفة المنتزعة لفصلات العفنة، فلا يكفى تجميد الفضلات بالترييب والتشميس، خلافاً لأبي حنيفة. وهل يجب استعمال الماء فى أثناء الدباغ ليصل إلى باطن الجلد؟ وجهان يعبر عنهما بأن المغلب على الدباغ الإحالة أم الإزالة^(٣). ثم إذا فرغ من الدباغ، فهل يجب إفاضة الماء المطلق على ظاهر الجلد؟.

وجهان: أحدهما: يجب؛ لإزالة أجزاء الشث والقرظ، فإنها نجسة لاصقة بالمحل.

والثانى: لا؛ لأنه قال عليه الصلاة والسلام: «أبما إهاب دُبِغَ فَقَدْ طَهَرَ»^(٤)، علق الطهارة بمجرد الدباغ. ومن يوجب استعمال الماء فى أثناء الدباغ يُحَوِّزُ أن يكون متغيراً بالشث والقرظ، ومن يوجب بعد الدباغ، فلا يجوز ذلك.

= على ذلك بما احتج به الشافعى، رحمه الله، قاله النووى.

انظر: نيل الأوطار (٦٢/١، ٦٣، ٦٤)، بدائع الصنائع (٢٧٠/١، ٢٧١، ٢٧٢)، المغنى لابن قدامة (٦٩/١)، المجموع (٢٤٥/١)، سنن النسائى (الفرع والعنبرة ب٤)، سنن الترمذى (١٧٢٨)، سنن ابن ماجه (٣٦٠٩)، مسند أحمد (٢١٩/١، ٢٧٠، ٣٤٣)، سنن الدارمى (٨٥/٢)، السنن الكبرى للبيهقى (١٦/١)، سنن الدارقطنى (٤٨/١)، إرواء الغليل للألبانى (٧٩/١)، ميزان الاعتدال للذهبى (٤٩٩٨، ٦٨٩٨)، جامع مسانيد أبى حنيفة (٢٧٦/١)، مسند الشافعى (١٠)، صحيح مسلم (الحيض ب٢٧ رقم ١٠٦، ١٠٧)، فتح البارى (٦٥٨/٩).

(١) الشث: هو شجر مثل التفاح الصغار، وورقه كورق الخلاف يدبغ به، وقيل: نبت طيب يدبغ به. انظر: القاموس المحيط (٨٨/١، ١٧٤)، لسان العرب (٢١٨٢)، المصباح المنير (٣٢٢/١)، (٣٢٦).

(٢) القرظ: هو ورق شجر السلم، وقيل: هو تسامح؛ لأن الورق لا يدبغ به، بل يدبغ بالحب. انظر: المصباح المنير (١٥٧/٢)، القاموس المحيط (٤١٢/٢).

(٣) معنى الإحالة، أى تحويل الجلد من حالته التى كان عليها إلى أخرى بعد الدباغ، وفى هذه الحالة يصير طاهراً كغيره من الجلود التى تطهر بالدباغ وكدم الظبية إذا تحول مسكاً، فلا يجب الماء. ومعنى الإزالة إزالة الفضلات، ففيها يجب إفاضة الماء لنجاستها.

قال النووى وغيره: والأصح أنه لا يجب استعمال الماء أثناء الدباغ. قال المحلى وابن حجر: لأنه إحالة لا إزالة. انظر: شرح المحلى (٧٣/١)، المجموع (٢٢٥/١).

(٤) سبق تخريجه.

فروع: إذا دبغ الجلد طهر ظاهره وباطنه، وجاز بيعه إلا في قول قديم مستنده موافقة مالك، رحمه الله، فإنه قال: يطهر ظاهر الجلد دون باطنه^(١).

فأما جواز الأكل منه، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: الجواز؛ لأنه طاهر غير مضر ولا محترم فحاز أكله.

والثاني: المنع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما حرم من الميتة أكلها»^(٢).

والثالث: الفرق بين ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه.

الفصل الثاني

في الشعور والعظام

وفي الشعر والصوف والريش قولان: أحدهما، وهو المنصوص هاهنا: أنها تنجس بالموت والإبانة تبعاً للأصل في حكم الحياة والموت.

والثاني، وهو منصوص في الدييات: أنها لا تنجس بموت الأصل، فإنها خالية عن الحياة.

وأما العظام، ففيه طريقان: منهم من قطع بنجاستها بالموت؛ لأنها تتألم^(٣)، ولأن الودك^(٤) فيها نجس، فيدل على نجاسة الطرف، إذ لا حياة في الودك، ومنهم من طرد^(٥) القولين.

(١) ولالإمام مالك في هذه المسألة روايتين، أحدهما ما ذكره المصنف عنه هنا، وقال النووي: وهو المشهور عن مالك في حكاية أصحابنا عنه. والثاني: أنه لا يطهر شيء من الجلود بالدباغ، وهو أشهر الروايتين عن أحمد، واستدلوا بحديث عبد الله بن عكيم السابق تحريجه، بلفظ: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب»، وكان ذلك قبل موته ﷺ بشهر، فكان ناسخاً لسائر الأحاديث. قال الشوكاني: وأجيب بأنه قد أعل بالاضطرار والإرسال، فلا ينتهض لنسخ الأحاديث الصحيحة. وأجاب الشوكاني بأجوبة أخرى، فلتراجع في موضعها ببيل الأوطار (١/٦١)، (٦٢).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٤٢/١) وهذا لفظه.

(٣) أي تتألم حال حياتها، فإذا كانت لها حياة فتنجس بالموت، على المذهب. انظر: المجموع (١/٢٣١، ٢٤٢).

(٤) الودك: هو دسم اللحم والشحم. انظر: المصباح المنير (٢/٣٢٩)، القاموس المحيط (٣/٣٣٣).

(٥) الطرد: اصطلاح أصولي. قال في المحصول: والمراد منه الوصف الذي لم يكن ماساً ولا مستلزماً للمناسب إذا كان الحكم حاصلًا مع الوصف في جميع الصور المعايير لمحل النزاع انظر: إرشاد الفحول (ص ٢٢٠).

التفريع: إن ألحقناها^(١) بالجمادات، فجميع الشعور طاهرة، إلا شعر الكلب والخنزير على أحد الوجهين.

وإن حكمنا بنجاستها، فشعور ما يؤكل لحمه لا تنجس بالجزء لمسيس الحاجة إليها في المفارش.

وجلد الميتة إذا دبغ وعليه شعره، ففيه وجهان: أحدهما: نجس؛ لأن الدبغ لا يؤثر إلا في الجلد. والثاني: أنه يطهر تبعاً كما ينجس بموته تبعاً.

وأما شعور آدمي، فقد نقل إبراهيم البلدي^(٢)، أن الشافعي، رضى الله عنه، رجع عن تنجيسها، وهو الصحيح. وإن حكم بنجاستها، ففي شعر رسول الله ﷺ وجهان^(٣).

الفصل الثالث

في أواني الذهب والفضة

وهي محرمة الاستعمال على الرجال والنساء؛ لقوله ﷺ: «الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»^(٤).

وفيه مسائل:

الأولى: أن هذا نهى تحريم لتأكده بالوعيد. ومن أصحابنا من قال: إنه نهى كراهية، وهو بعيد^(٥).

(١) قوله: إن ألحقناها، أي ألحقنا الشعور والجلود والعظام.

(٢) إبراهيم البلدي، لم يترجم له أحد. قال ابن السبكي: الرجل معروف الاسم بين المتقدمين، غير أن ترجمته عزيزة لم أجدها إلى الآن كما في النفس، وقد ذكره العادى في الطبقة الثانية من المقلين المنفردين بروايات. انظر: طبقات ابن السبكي (٢/٢٥٥)، تهذيب الأسماء (١٠٥/١ق).

(٣) هذه الوجوه يستنكرها العقل والقلب والشعور والشرع، فالنبي ﷺ طاهر حياً وميتاً بأى هو وأمى.

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (١٠)، المعجم الكبير للطبراني (٣٧٣/١١) بلفظ: «الذى يشرب في آنية (الذهب) الفضة إنما يجرجر في بطنه ناراً». وأخرجه البخارى (١٩٣/٧) بلفظ: «الذهب والفضة والحريز والدياج، هي لهم في الدنيا ولكم في الآخرة». مجمع الروايد للهيتمي (١٤٣/٥)، كنز العمال (١٧٣٥٧)، نصب الرأية (٢٢٥/٤) بلفظ: «الذهب والحريز حل لإناث أمتي، حرام على ذكورها». وفي فتح البارى (٢٩٦/١٠) بلفظ: «الذهب والحريز حرام على ذكور أمتي».

(٥) قال الشوكاني: والحديث يدل على تحريم الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة، أما

الثانية: أن التحريم غير مقصور على الشرب، بل في معناه وجوه الانتماع^(١)، خلافاً لداود^(٢).

«الشرب في الإجماع، وأما الأكل، فأجازه داود، والحديث يرد عليه، ولعله لم يبلعه. الحديث هو عن حذيفة، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحرير ولا الدباج، ولا تشربوا في آنية الذهب ولا الفضة، ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة»، متفق عليه، وهو لبقيّة الجماعة إلا حكم الأكل.

قال النووي: قال أصحابنا: انعقد الإجماع على تحريم الأكل والشرب وسائر الاستعمالات في إناء ذهب أو فضة، إلا رواية عن داود في تحريم الشرب فقط، ولعله لم يبلغه حديث تحريم الأكل. وقول قديم للشافعي والعراقيين، فقال بالكراهية دون التحريم، وقد رجع عنه. وتأوله أيضاً صاحب التقريب، ولم يحمله على ظاهره، فثبت صحة دعوى الإجماع على ذلك، وقد نقل الإجماع أيضاً ابن المنذر، على تحريم الشرب في آنية الذهب والفضة، إلا عن معاوية ابن قرة. وقد أجيب من جهة القائلين بالكراهية بأنه للتزهيد، بدليل «أنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة»، ورد بحديث: «فإنما يخرج في بطنه نار جهنم»، وهو وعيد شديد، ولا يكون إلا على مُحَرَّم. انظر: نيل الأوطار (١/٦٧)، المجموع (١/٢٤٧، ٢٤٨)، المغني لابن قدامة (٧٦/١).

(١) قال الشوكاني: لا شك أن أحاديث الباب تدل على تحريم الأكل والشرب، وأما سائر الاستعمالات فلا، والقياس على الأكل والشرب قياس مع فارق، فإن علة النهي عن الأكل والشرب هي التشبه بأهل الجنة، حيث يطاف عليهم بآنية من فضة، وذلك مناط معتبر لشارع كما ثبت عنه لما رأى رجلاً متختماً بخاتم من ذهب، فقال: «ما لي أرى عليك حلية أهل الجنة»، أخرجه الثلاثة من حديث بريدة.

وأما حكاية النووي للإجماع، فلا تتم مع مخالفة داود والشافعي وبعض أصحابه، والحاصل أن الأصل الحل، فلا تثبت الحرمة إلا بدليل، وقد أيد هذا الأصل حديث: «ولكن عليكم بالفضة فالتعبوا بها لعباً». أخرجه أحمد وأبو داود، وأن أم سلمة جاءت بجلجل من فضة فيه شعر من شعر رسول الله، فحضضت. الحديث في البخاري، وقد قيل: إن العلة في التحريم الخيلاء أو كسر قلوب الفقراء، ويرد عليه جواز استعمال الأواني من الجواهر النفيسة، وغالبها أنفس وأكثر قيمة من الذهب والفضة، ولم يمنعها إلا من شذ. قلت: ويرد أيضاً جواز تحلى النساء به دون النظر لفقراهن. انتهى بتصريف من نيل الأوطار (١/٦٧).

(٢) هو داود بن علي بن خلف، أبو سليمان، الأصبهاني الأصل، ولد في الكوفة سنة (٢٠٠هـ)، وقيل: سنة (٢٠٢هـ)، توفي ببغداد سنة (٢٧٠هـ)، سكن بغداد، وانتهت إليه رئاسة العلم فيها، كان يحضر مجلسه كل يوم أربعمئة عالم. قال ثعلب: كان عقل داود أكبر من علمه. أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه، وأبي ثور، وكان من المحبين للشافعي، صنف كتابين في فضائله، وهو من العلماء العظام المجتهدين، زاهداً، ورعاً، متبعاً للسنة، تناولته كثير من الألسنة بالسوء والظعن بسبب نفيه القياس.

قال الإمام السرخسي، رحمه الله: ثم نشأ بعده رجل متجاهل يقال له: داود الأصبهاني، =

وتزيين الحوائث به من وجوه الانتفاع المحرم على أصح الوجهين. وإذا بطلت منفعة من كل وجه حرم اتخاذها، فلا قيمة على كاسره.

الثالثة: إن هذا التحريم لا يتعدى إلى الجواهر النفيسة كالفيروز والياقوت؛ لأن المفاخرة بهما لا يدر كها إلا الخواص.

وفيه وجه آخر: أنه يتعدى؛ لعموم المعنى. ولا خلاف في أن الزجاج لا يلتحق به، وكذا ما نفاسته في صنعته.

الرابعة: إذا مؤه الإناء^(١) بالذهب، لم يحرم على أظهر المذهبين؛ لأن المموه لا يحفى. وفيه وجه آخر: أنه يحرم؛ لما فيه من تخيل المفاخرة^(٢).

الخامسة: تضبيب^(٣) الإناء بالذهب في محل يلقي فم الشارب محظور على الأظهر، وإن لم يلق وكان صغيراً على قدر الحاجة جاز لأجل الحاجة، وإن كان كبيراً فوق الحاجة حرم، وإن وجد أحد المعنيين فوجهان^(٤).

ومعنى الحاجة أن يكون على قدر حاجة الشعب^(٥)، إلا أن يعجز عن التضبيب بغيره، فإن ذلك يجوز استعمال أصل الإناء^(٦) وحد الصغير ما لا يظهر على البعد.

= فأبطل القياس، ومنهم من اعتبر خلافه غير معتبر. وقال إمام الحرمين: لا يعدون من علماء الأمة. وغير ذلك من المقالات الشيعة التي ردها كثير من العلماء.
انظر: فتاوى ابن الصلاح (٣٩ - ٤١)، البداية والنهاية (٤٧/١١، ٤٨)، وفيات الأعيان (١٧٥/١)، المحرر (ج ٢ ص ٩٢).

(١) موهت الشيء، طليته بالذهب والفضة، وشيء مموه، أى مزخرف. انظر: المصباح المنير (٢٥٤/٢).

(٢) ويرد على هذا، جواز استعمال الأواني من الجواهر النفيسة، وغالبها أنفس وأكثر قيمة من الذهب والفضة، وأيضاً جواز تحلى النساء بما شئن من الذهب والفضة دون اعتبار لهذا الوجه.

(٣) التضبيب هو وضع صفيحة أو حديدة في شق الإناء. انظر: المصباح المنير (٢/٢) مادة (ضبيب).

(٤) قال النووي: الصحيح القطع بتحريم الإناء المضبيب بالذهب، كثرت الضمة أو قلت، لحاجة أو لزينة، وهو المختار؛ للحديث، فإنه يقتضى تحريم الذهب مطلقاً، وأما ضبة الفضة، فلما أبيضت لحديث قبيلة السيف، وضبة القدح. انتهى.

والحديث أخرجه البخارى، عن أنس، أن قدح النبي ﷺ انكسر، فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة. انظر: المجموع (٢٥٥/١)، نيل الأوطار (٦٩/١).

(٥) الشعب: الجمع والتفريق، والصدع أى الشق. انظر: المصباح المنير (٣٣٦/١).

(٦) الحاجة التى تبيح استعمال الضبة بالذهب هى أن تكون الضبة لغرض الإصلاح، بحيث تكون على قدر الشق أو الصدع ولا تزيد على تلك الحاجة، وهذا القيد مأخوذ من حديث أنس =

السادسة: في الأنية الصغيرة كالمكحلة وظرف الغالية تردد.

هذا تمام قسم المقدمات

* * *

=السابق الذى رواه البخارى.

ومنهم من جعلها من غير حاجة، وجعلوا حديث أنس مخصص لعموم النهى فى حديث ابن عمر مرفوعاً: «من شرب فى إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك، فإنما يجر جر فى بطنه نار جهنم». انظر: إرواء الغليل للألبانى (٧٠/١)، واللفظ فى بلوغ المرام للدارقطنى.

القسم الثاني في المقاصد

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول: في صفة الوضوء

وفيه فرائض وسنن: أما الفرائض فست:

الأولى: النية والنظر في أصلها ووقتها وكيفيتها

الأول النظر في أصلها: وفيه ثلاث مسائل:

الأولى: أن طهارة الأحداث تقتصر إلى النية^(١) كالوضوء والغسل والتيمم. وإزالة النجاسة لا تقتصر إلى النية. وقال أبو حنيفة: لا نية إلا في التيمم.

الثانية: أن أهلية النية شرط، فلا يصح وضوء الكافر وغسله وإن نوى^(٢)، وكذا

(١) وذلك لحديث عمر بن الخطاب مرفوعاً: «إنما الأعمال بالنية، وإنما لامرئ ما نوى»، الحديث رواه البخاري في صحيحه (٢/١، ١٧٥/٨، ٢٩/٩)، وصحيح مسلم (الإمارة ١٥٥)، ومسند أحمد (٢٥/١، ٤٣)، وغير ذلك.

قال النووي: والنية القصد، وهو عزيمة القلب. وتعقبه الكرمانى بأن عزيمة القلب قدر زائد على أصل القصد. وقال البيضاوي: النية عبارة عن إبعث القلب نحو ما يراه موافقاً لغرض من جلب نفع أو دفع ضرر حالاً أو مآلاً، والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لا بتفشاء رضا الله وامتنال حكمه.

ومن الفقهاء من جعل النية شرطاً، فقدر بها صحة الأعمال، ومن لم يشترطها قدر بها كمال الأعمال، وقد رجح الأول ابن دقيق العيد وغيره، ودلل الشوكاني على صحة كلامه بالإشارة إلى أحاديث كثيرة وأردت بثبوت الأجر لمن نوى خيراً ولم يعمل، كحديث رجل أتاه الله مالاً وعلماً، فهو يعمل بعلمه في ماله، وينفق في حقه، ورجل أتاه الله علماً ولم يؤته مالاً، فهو يقول: لو كان لي مثل هذا عملت فيه مثل العمل الذي يعمل، فهما في الأجر سواء. انظر: بيل الأوطار (١٣٢/١، ١٣٣).

(٢) قلت: هذه المسائل المتنازع عليها في الأصول والصحيح فيها خلافاً لبعض العلماء، وهو مذهب الجمهور أنهم مطالبون بها مع عدم حصول الشرط الشرعي وهو الإيمان؛ لأنهم محاطون بالمعاملات والعبادات، فهم مؤاخضون بها في الآخرة مع عدم حصول الشرط الشرعي؛ لما ورد من وعيد الكفار على الترك، كقوله تعالى: ﴿مما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين﴾، وقوله تعالى: ﴿وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة﴾، والأدلة على ذلك كثيرة جداً، ولأن الطاعة بريد الإيمان، كما أن المعصية بريد الكفر، ولما ورد من أدلة على أن الطاعة ترتقى بالكافر من دركة إلى أخرى في النار.

فإن قيل: كيف يؤمر الكافر بفروع العبادات والمعاملات وهي لا تصح منه؛ لوجود مانع وهو =

المرتد. ولو توضأ ثم ارتد ثم عاد إلى الإسلام، لم يبطل وضوؤه. وفي التيمم وجهان؛ لأنها طهارة ضعيفة تبطل برؤية السراب.

الثالثة: الذميمة تحت المسلم تغتسل عن الحيض لحق الزوج، فإن أثبت أحبرت^(١)، فلو أسلمت بعد الغسل، ففى وجوب الإعادة للصلاة وجهان: أحدهما: يجب؛ لأنها اغتسلت بغير النية، وإنما جاز فى حق الوطء للضرورة. والثانى: لا يجب؛ لأنه استقل بأحد المقصودين كالزكاة فى حق الممتنع.

فأما الكافرة إذا لم يكن لها زوج، أو المسلمة إذا امتنعت فأجبرت على الغسل، فعليهما الإعادة لأجل الصلاة^(٢)؛ لانتفاء الضرورة فى الموضعين.

النظر الثانى: فى وقت النية:

وهو عند حالة غسل الوجه، فلو غربت^(٣) بعد ذلك لا يضر، والأكمل أن يقرنها بأول سنن الوضوء، فإن غربت قبل غسل الوجه، فوجهان: أحدهما: الإجزاء؛ لاتصالها بجزء من العبادة. والثانى: لا؛ لأنه لم يتصل بالفرض.

= الكفر؟ قلت: الكافر يتمكن من إزالة المانع، وهو الكفر، فتصح منه العبادات والمعاملات، فإن لم يُزل المانع، وهو امتناع وصفى لم يسقط بالمانع الخطأ الذى هو التكليف، ولا ينفيه لإمكانه الذاتى، فالامتناع الوصفى لا ينافى الإمكان الذاتى. وأيضاً حصول الشرط الشرعى، وهو الإيمان، ليس شرطاً فى التكليف، وإمكانية إزالة المانع تنفى كونه مانعاً، كالجنب والمحدث، فإنهما مأموران بالصلاة حال تلبسهما بمانع، فيجب عليهما إزالته لتصح منهما، وإلا فالحكم قائم. انظر: كتابنا المدخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية.

(١) وهنا تبرز مسألة: هل يجوز إجبارها على الغسل لحق زوجها؟ قلت: إن كان غسلها عند البعض ديناً، فلا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾، وقوله: ﴿أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ﴾، ومن قال: غسلها ليس ديناً، جاز إجبارها ووجب عليها الإعادة إن أسلمت.

(٢) إجبار المسلمة أو المسلم على الطاعة ليس إكراهاً لما يجب على المسلم من فعل الطاعة والامتناع للأوامر التى كلف بها؛ لأنه الدين الذى رضيه واختاره، فإن امتثل وإلا جرت عليه أحكام الإسلام، إما تعزيراً أو حداً أو ردة، ولم يكن ذلك إكراهاً، بل هو ولاء ورحمة وإصلاح وتطهير للمجتمع؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [التوبة: ٧١]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ [الحجرات: ١٠]، وغير ذلك.

(٣) غربت: أى غابت وتوارت. انظر: المصباح المنير (٥٦/٢، ٩٦). وقوله: «حالة غسل الوجه»؛ لأنه أول فرائض الوضوء.

النظر الثالث: فى كيفية النية، وهى ثلاثة أوجه:

الأول: أن ينوى رفع الحدث، فهو كاف على الإطلاق، فلو عين بعض الأحداث بالرفع، ففيه أربعة أوجه:

أحدها: أنه يرتفع على الإطلاق؛ لأن الحدث لا يتجزأ، فرفع بعضه رفع كله.

والثانى: أنه لا يرتفع، فإن بقاء بعضه بقاء كله، ولم ينو رفع البعض.

والثالث: إن نوى رفع الحدث الأول صح، فإن ما بعده ليس بحدث.

الرابع: إن لم ينف ما عدا المعين صح مطلقاً، فإن نفى رفع الآخر، فليس الإثبات أولى من النفى، فيبقى الحدث.

ولو غلط من حدث إلى حدث، فكان محدثاً من البول، فقال: نويت رفع حدث النوم ارتفع حدثه؛ لأن الأسباب جنس واحد فى حق الحدث.

الوجه الثانى^(١): إن نوى استباحة الصلاة، أو ما لا يستباح إلا بالوضوء كمس المصحف للمحدث، أو المكث فى المسجد للحنبلى فهو كاف.

وإن نوى ما لا يستحب فيه الوضوء كاستباحة السوق، وزيارة الأمير فلا يصح، وإن نوى ما يستحب الوضوء له كقراءة القرآن للمحدث وعبور المسجد للحنبلى، فوجهان.

ولو نوى تجديد الوضوء أو غسل الجمعة، فالمذهب أن الحدث لا يرتفع؛ لأنه ليس مستحباً لأجل الحدث، بخلاف قراءة القرآن، فإن الوضوء مستحب فيه لرفع الحدث. ولو نوى استباحة صلاة معينة كالصبح ونفى غيرها، ففيه ثلاثة أوجه:

فى الثالث يباح له ما عيَّنه دون غيره، وهو الأضعف؛ لأن الحدث لا يتجزأ بقاءً وارتفاعاً.

فرع: من استيقن الطهارة وشك فى الحدث، فله الأخذ بالطهارة، فلو تطهر احتياطاً ثم تبين الحدث، ففى وجوب الإعادة وجهان.

ووجه الوجوب أن نية الاستباحة لم تكن حازمة؛ لتردده فى الحدث.

الوجه الثالث^(٢): أن ينوى أداء الوضوء، أو فريضة الوضوء، فهو جائز بخلاف ما إذا

(١) أى الوجه الثانى من النظر الثالث.

(٢) الوجه الثالث، أى من وجوه النظر الثالث، وهو الأخير.

نوى فرض التيمم، فإن الوضوء قربة مقصودة، ولذلك يستحب تجديده، بخلاف التيمم. وهل يشترط أن يضيف الوضوء إلى الله تعالى؟ فيه وجهان، يجريان في النية في سائر العبادات.

فروع خمسة: الأول^(١): لو نوى بوضوئه رفع الحدث والتبريد جميعاً صح على الأظهر؛ لأن التبريد حاصل، قصد أو لم يقصد، وإن نوى التبريد أثناء الطهارة، فإن كان قبل غروب النية لم يضر على الأظهر، وإن كان بعد غروبها، فوجهان:

أحدهما: أنه يقطع حكم النية السابقة؛ لأنها بقيت حكماً، وهذه وجدت حقيقة. والثاني: أنه لا يضر؛ لأن بقاءها حكماً كبقائها حقيقة.

الثاني: أن الجنب يوم الجمعة لو نوى بغسله الجمعة ورفع الجنابة، حصل على الأصح، كمن يصلي الصبح وتحية المسجد. ولو اقتصر على نية الجنابة، ففي حصول غسل الجمعة قولان. ولو اقتصر على غسل الجمعة لا يحصل به رفع الجنابة على الأصح.

الثالث: لو أغفل لمعة في الغسلة الأولى فانغمست في الثانية، وهو على قصد التنفل، هل يرتفع الحدث؟ فيه وجهان:

ووجه المنع أن نية الفرض باقية حكماً، وقصد التنفل موجود حقيقة، فلا يتأدى الفرض به.

الرابع: في جواز تفريق النية على أعضاء الوضوء، وجهان: أظهرهما المنع؛ لأنها عبادة واحدة، فتشملها نية واحدة.

الخامس: المستحاضة ومن به سلس البول لا يكفي نية رفع الحدث؛ لأن الحدث في حقه دائم، وتكفي نية استباحة الصلاة على أصح الوجهين؛ لأنه المقصود.

وفيه وجه أنه يجب الجمع بين نية رفع الحدث والاستباحة. وإليه ذهب الخضرى، فقال: نية رفع الحدث للحدث السابق، والاستباحة للاحق.

الفرض الثاني: غسل الوجه

وفيه مسألتان: إحداهما: أن حد^(٢) الوجه من مبتدأ تسطیح الجبهة إلى منتهى ما يقبل

(١) الأول، ساقطة من المخطوط وأضفتها للحاجة إليها.

(٢) الحد: هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه، كقولك: الجسم هو كل طويل عريض عميق، فإن الطول والعرض والعمق هي طبائع الجسم لو ارتفعت عنه ارتفعت عن الجسمية، =

من الذقن في الطول، ومن الأذن إلى الأذن في العرض، فلا يدخل في الحد النزعتان^(١) على طرفي الجبين، ولا موضع الصلح من الرأس، وفي موضع التحذيف^(٢) خلاف. وظاهر المذهب أنه من الوجه، ولذلك تعودت النساء بتنحية الشعر عنه، وهو القدر الذي إذا وضع طرف الخيط على رأس الأذن، والطرف الثاني على زاوية الجبين وقع في جانب الوجه.

وأما موضع الغمم^(٣)، فإن استوعب جميع الجبهة، وجب إيصال الماء إليه، وإن أخذ بعض الجبهة فوجهان: أحدهما: أنه يجب؛ لأنه مقبل في جهة الوجه. والثاني: لا؛ لأنه في تدوير الرأس.

الثانية: يجب إيصال الماء إلى منابت الشعور الأربعة: الحاجبان، والأهداب، والشاربان، والعذاران، وهما الخططان الموازيان للأذنين؛ لعلتين:

إحدهما: أنها خفيفة في غالب الأمر. والثاني: أن يياض الوجه محيط بها من الجوانب.

وأما اللحية، فإن كانت خفيفة، يجب إيصال الماء إلى منابت ما وقع في حد الوجه. والخفيفة ما يترأى منها البشرة للناظر في مجلس التخاطب، أو ما يصل الماء إليه من غير مزيد تكلف. وإن كانت كثيفة، فلا يجب إلا في حق المرأة؛ لأن اللحية لها نادرة.

ثم هل تجب إفاضة الماء على ظاهر اللحية الخارجة عن حد الوجه؟ فيه قولان: أحدهما: نعم؛ لأنه مقبل عند التخاطب، فيسمى وجهًا. والثاني: لا؛ لخروجه عن حد الوجه.

أما العنققة^(٤) الكثيفة في إيصال الماء إلى منابتها، وجهان: إن عللنا في الشعور الأربعة

سواء يكن جسمًا، فكانت هذه العبارة مخيرة عن طبيعة الجسم ومميزة له مما ليس جسمًا. انظر: الإحكام لابن حزم (٣٧/١).

(١) النزعتان: هما الموضعان اللذان يحيطان بالناحية يتحسر الشعر عنهما عند بعض الناس. انظر: القاموس المحيط (٩١/٣)، المصباح المنير (٢٦٨/٢).

(٢) قال النووي: سمي بذلك؛ لأن الأشراف والنساء يعتادون إزالة الشعر عنه ليتسع الوجه. انظر: المجموع (٣٧٢/١).

(٣) هو ما ينبت عليه الشعر من الجبهة. انظر: شرح المحلى (٤٨/١).

(٤) سبق أن ذكرنا دليل الفرض الأول، وهو حديث: «إنما الأعمال بالنية»، أما دليل الفرض الثاني، وهو الوجه، قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦].

بالخفة غالباً، فهي خفيفة غالباً، وإن عللنا بإحاطته البياض، فلا.

الفرض الثالث: غسل اليدين مع المرفقين^(١):

وفيه ثلاثة فروع:

الأول: لو قطع يده من الساعد، وجب غسل الباقي من الساعد، وإن قطع فوق المرفق، استحب إمساك الماء ما بقى من عضده، فإن تطويل الغرة سنة، فتبقى وإن سقط الفرض. وإن قطع من المفصل، فقولان:

أحدهما: أنه لا يجب غسل عظم العضد؛ لأن المرفق عبارة عن عظم الساعد، وقد زال، أو لأن غسل العضد كان تابعاً، وقد سقط المتبوع، وهذا القول نقله المزنى^(٢) (٣). والثاني: نقله الربيع^(٤)، وهو أنه يجب؛ لأن المرفق عبارة عن مجتمع العظام، وغسل الكل أصل لا تبع. ومن الأصحاب من قطع بالوجوب، وغلظ المزنى في النقل وتكف تأويله.

الفرع الثاني: لو نفذ سهم في كفه وبقي متفتقاً^(٥)، وجب إيصال الماء إلى باطنه، وإن تكشطت^(٦) جلدة من الساعد وتدلّت^(٧)، وجب استيعابها بالغسل، وإن التصقت ببعض الساعد، أجرى الماء على المتحافى من غير فتق، فإن ارتفعت إلى العضد، والتصقت، يجب غسلها أيضاً؛ نظراً إلى أصله.

(١) وإدخال المرفقين مع اليدين هو مذهب الشافعي، وأبى حنيفة، ومالك، ودليهم في وجوب غسل اليدين مع المرفقين قوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦]، وجعلوا «إلى» بمعنى «مع»، وخرج مسلم في صحيحه (٢١٦/١)، والبحار (٢٣٤/١)، وأحمد في مسنده (٣٧١/٢)، عن أبي هريرة، رضي الله عنه، أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في العضد، ثم اليسرى كذلك، ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق، ثم غسل اليسرى كذلك، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ.

(٢) للمزنى، سبقت ترجمته (ص ٦٢).

(٣) انظر قول المزنى في مختصره بهامش الأم (٦/١، ٧).

(٤) هو أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المراءى، صاحب الشافعي، وفقه مذهبه، وراوى كبه، الثقة الثبت فيما يرويه. قال الشافعي: هو أحفظ أصحابي. ولد سنة (١٧٤هـ) وتوفي بمصر سنة (٢٧٠هـ). انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٢٥٩/١) وما بعدها، شذرات الذهب (١٥٩/٢).

(٥) متفتقاً: الفتق هو الشق، يقال: فتقه فتفتق وانفتق. انظر: القاموس المحيط (٢٨٣/٣).

(٦) اكشطت: أى سلخت الجلدة، ونحيت عنها. انظر: المصباح المنير (١٩٥/٢).

(٧) تدلّت: من تدلى، من دلى، بمعنى وصل وانتهى إليه. انظر: القاموس المحيط (٣٣٠/٤).

وقال العراقيون: لا يجب غسل ما في حد العضد؛ لأنه صار من العضد. وإن تدلت من العضد، فلا يجب غسلها، وإن التصقت بالساعد، يجب غسل ظاهر ما التصق بدلاً عما استتر من الساعد، ولا يجب غسل باقيه؛ نظراً إلى أصله، ويحتمل على رأى العراقيين أن يجب غسل ما يحاذى الساعد، وإن لم يلتصق.

الفرع الثالث: لو نبتت يد زائدة من الساعد، يجب غسلها، وإن كانت الزائدة لا تتميز عن الأخرى وجب غسلها، وإن نبتت من فوق المرفق لم تغسل، فإن دخل رأسها في حد الساعد، نص الشافعي، رضي الله عنه، في الأم^(١) أنه يغسل ما يحاذى الساعد؛ لحصول اسم اليد، ومحاذاة بعض محل الفرض^(٢)، وهذا فيه احتمال.

الفرض الرابع: مسح الرأس^(٣):

والنظر في قدره، ومحلّه، وكيفيته

أما قدره، فما ينطلق عليه الاسم، ولو على بعض شعرة من الرأس. وقيل: إنه لا يجزئ

(١) انظر: الأم (٢٢/١)، المجموع (٣٨٨/١).

(٢) انظر: الروضة (٥٢/١)، المجموع (٣٨٨/١).

(٣) ودليل مسح الرأس قوله تعالى: ﴿وَأَسْبَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ [المائدة: ٦]، وقد اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الرضوء، واختلفوا في قدره، ومحلّه، وكيفيته، وأصل الخلاف في الباء الداخلة على ﴿رُءُوسِكُمْ﴾، فهي حرف مشترك في لغة العرب، فهي إما زائدة، وإما للتبعية. ومفهوم ما روى عن عبد الله بن زيد، أنه ﷺ مسح رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر، بدأ بمقدم رأسه ثم ذهب بهما إلى قفاه، ثم ردهما إلى المكان الذي بدأ منه، رواه الجماعة، وبما رواه أبو داود وأحمد، أنه ﷺ توضأ عندها، أى بنت معوذ، ومسح برأسه، فمسح الرأس كله من فوق الشعر كل ناحية لمنصب الشعر، لا يحرك الشعر عن هيئته، وفي لفظ لأبي داود والترمذي وحسنه، مسح برأسه مرتين بدأ بمؤخره ثم بمقدمه، وبأذنيه كلتيهما، ظهورهما وبطنهما. وبما رواه أبو داود، عن أنس، قال: رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية، فأدخل يده تحت العمامة، فمسح مقدم رأسه ولم ينقض العمامة. وغير ذلك مما روى عنه ﷺ في القدر والمحل.

وأما في العدد، ففي صحيح البخاري (ح ١٥٧)، والترمذي في سننه (٦٠/١) وغيرهم أنه ﷺ توضأ مرة مرة، وتوضأ مرتين مرتين، وتوضأ ثلاثاً ثلاثاً. وروى عنه أيضاً أنه توضأ مرتين. رواه البخاري (٢٥٨/١) (ح ١٥٨)، والدارقطني (٩٣/١) وغيرهما. وروى عنه أيضاً أنه ﷺ توضأ ثلاثاً ثلاثاً. رواه عن جماعة من الصحابة، البخاري في صحيحه (٢٥٩/١) وغيره، وقال الترمذي: إنه أحسن شيء في هذا الباب. وغير ذلك من الأدلة التي يضيّق بها المكان هنا. انظر: نيل الأوطار (١٥٤/١) وما بعدها، بداية المجتهد (٣٦٨/١) وما بعدها، المجموع (٣٩٨/١)، المغني (١٢٥/١)، روضة الطالبين (٥٣/١).

أقل من ثلاث شعرات. وقدره أبو حنيفة، رضى الله عنه، بالربع، ومالك أوجب الاستيعاب^(١).

أما كفيته، فهو مد البلل على جزء من الرأس، ولو غسل أجزأه؛ لأنه فوق المسح، ولكن لا يستحب. وهل يكره؟ فيه تردد والأظهر: أنه لا يكره.

وغسل الخف بدل المسح مكروه، ولكن مسح الرأس يستحب فيه التكرار بخلاف الخف، وهو تقريب من الغسل، ولو وضع الماء على الرأس ولم يمدده، فوجهان، اختار القفال أنه لا يجزئ؛ لأنه منوط^(٢) بالاسم، وذلك لا يسمى مسحاً. والأظهر الجواز؛ لحصول الإبلال، كما يجزئ الغسل وإن لم يسمى مسحاً.

وأما محله، فهو الرأس وكل شعر كائن في حد الرأس، فإن مسح على شعر متجعد يخرج محل المسح بالمد عن حد الرأس، لم يجز، ولو حلق الشعر الذى مسح عليه، لم تلزمه الإعادة خلافاً لابن خيران^(٣).

(١) استدل الأحناف ومن وافقهم على التبعيض بأدلة، منها الباء الداخلة على ﴿رعو سكم﴾، قالوا: هي للتبعيض. وقد أجيب على هذا بأجوبة، منها أن سيويه أول من وضع كتاباً فى اللغة أنكره فى خمسة عشر موضعاً من كتابه، ورد أيضاً بأن الباء تدخل فى الآلة، والمعلوم أن الآلة لا يراد استيعابها فى المسوح.

واستدلوا بحديث أنس الذى قدمناه فى التحقيق. قال ابن القيم: إنه لم يصح عنه ﷺ فى حديث واحد أنه اقتصر على مسح بعض الرأس البتة، ولكم كان إذا مسح بناصيته أكمل على العمامة. قال: وأما حديث أنس، فمقصود أنس أن النبى ﷺ لم ينقض عمامته حتى يستوعب مس الشعر كله، ولم ينف التكميل على العمامة، وقد أثبت حديث المغيرة، فسكوت أنس عنه لا يدل على نفيه. انتهى.

قنت: ذكر الشوكانى أن هذا الحديث، يعنى حديث المغيرة، عند مسلم وأبى داود والترمذى بلفظ: نوضاً فمسح بناصيته وعلى العمامة. قال الشوكانى: والمشهور المتداول الذى عليه الجمهور البداءة من مقدم الرأس إلى مؤخره. قال: وأصح حديث فى هذا الباب حديث عبد الله ابن زيد، يعنى ما قدمناه أولاً فى التحقيق. انظر: نيل الأوطار (١/١٥٤ وما بعدها).

(٢) الماط: ما نيط به الحكم، أى علق عليه. يقال: نيطت به الأمور، إذا عقلت به، وهو المراد هنا. ويعنى استلزام حكم، وتسمى العلة مناط؛ لأنها معرفة وموجبة للحكم. انظر: كتابنا المداخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية، المدخل الأول.

(٣) هو الحسن بن صالح بن خيران، الشيخ أبو على، كان إماماً زاهداً، ورعاً، تقياً، متقشفاً، من كبار الأئمة ببغداد، وأحد أركان المذهب الشافعى، عرض عليه منصب قاضى القضاة فلم يقبل، توفى سنة (٣٢٠هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣/٢٧١ وما بعدها)، شذرات الذهب (٢/٢٨٧)، البداية والنهاية (١١/١٧١).

الفرض الخامس: غسل الرجلين مع الكعبين^(١):

وعند الشيعة^(٢) الواجب هو المسح.

الفرض السادس: الترتيب^(٣)، خلافاً لأبي حنيفة.

وفيه فروع أربعة:

الأول: لو نسي الترتيب لا يجزئه، وفيه قول قديم: أنه يجزئه، وكذلك في ترك الفاتحة

(١) ودليل غسل الرجلين إلى الكعبين قوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلُكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ (المائدة: ٦)، وهي

عطفاً على المسوح، وقراءة النصب ظاهرة في الغسل. والقراءتان صحيحتان، مما جعل بعض

العلماء يجعلون المسح والغسل من الواجب المخير؛ لما دل عليه المعنى لغة.

أما ما يرجح المعنى الأول، وهو الغسل، وينقله من معناه اللغوي إلى المعنى الشرعي، وهو ما

عليه الجمهور، هو قول رسول الله ﷺ لما رأى قوماً لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء:

«ويلٌ للأعقاب من النار»، رواه جماعة من الصحابة، وأخرجه عن أبي هريرة البخاري في

صحيحه (ح ١٦٥)، ومسلم في صحيحه (٢١٤/١) وغيرهم.

وأحسن ما في هذا الباب حديث رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة، أن رجلاً أتى النبي

ﷺ، فقال: يا رسول الله، كيف الطهور، فدعاهم في إناء، فغسل كفيه ثلاثاً...، إلى أن قال:

ثم غسل رجله ثلاثاً ثلاثاً، ثم قال: «هكذا الوضوء»، فمن زاد على هذا أو نقص، فقد أساء

وظلم. انظر: تعليق التعليق لابن حجر (ص ٩٥).

وحديث: «لا يقبل الله صلاة أحدكم حتى يضع الطهور مواضعه، فيغسل وجهه، ثم يديه، ثم

يمسح برأسه، ثم يغسل رجله». انظر: تلخيص الخبير لابن حجر (٢١٧/١). وما رواه عمر بن

الخطاب، رضى الله عنه، أن رجلاً توضأ، فترك موضع ظفر على قدميه، فأبصره النبي ﷺ،

فقال: «ارجع فأحسن وضوءك». أخرجه مسلم (الطهارة ٣١)، والإمام أحمد في المسند

(٢١/١، ٢٣، ١٤٦/٣) وغيرهما.

أما الكعبين مع الرجلين، ففيه خلاف، وأصل الاختلاف الاشتراك في حرف «إلى»، فمن جعل

«إلى» بمعنى «مع» أوجب دخولهما مع الرجلين في الغسل أو في المسح لمن قال بالمسح، ومن

جعلها للفاصلة، ولم يكن الحد عنده من المحدود، لم يوجب، وإن كان الحد من المحدود، أوجبه

لذلك. انظر: نيل الأوطار (١٦٧/١) وما بعدها، بداية المجتهد (٣٨٣/١) وما بعدها.

(٢) الشيعة: هم رجال الزيدية: أبو الجارود زياد بن المنذر العبدى جعفر بن محمد، والحسن بن

صالح، ومقاتل بن سليمان، والداعي ناصر الحق الحسن بن علي بن الحسن بن زيد بن عمرو بن

الحسين بن علي، والداعي الآخر صاحب طبرستان الحسين بن زيد بن محمد بن إسماعيل بن

الحسن بن زيد بن الحسن بن علي، ومحمد بن نصر، اختلفوا إلى فرق كثيرة، عمدة كلامهم في

الإمامة والمفاضلة بين أصحاب النبي ﷺ. انظر: الملل والنحل للشهرستاني (٢/٢)، الفصل لابس

حزم (٨٩/٢).

(٣) ومنشأ الخلاف في وجوب أو سنية الترتيب هو الاشتراك في حرف «و» العطف، فهي عند

البعض للعطف مطلقاً من غير أن يقتضى مقارنة أو ترتيباً، وعند البعض موجهة للترتيب. انظر:

المحرر (١٥٠/١)، الأحكام (٥٠/١)، بداية المجتهد (٣٩٥/١)، المدخل الأصولية.

ناسياً، وهو ضعيف. الثاني: إذا انغمس المحدث في ماء ونوى رفع الحدث، فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز؛ لانعدام الترتيب.

والثاني: يجوز لعلتين: إحداهما: أن الغسل حط عنه تخفيفاً، فإذا اعتسل صار الجميع كالعضو الواحد، فأشبه الجنب. والثانية: أن الماء يلاقى أعضائه في لحظات متعاقبة، فيترتب رفع الحدث، وعلى هذا لو تنكس فأوصل الماء إلى أسافله ثم إلى أعاليه، خرج على العلتين.

الثالث: الجنب الذي ليس بمحدث، لا وضوء عليه، وهو الذي لف على قضيه خرقة، وغيب الحشفة. وإن كان محدثاً يكفيه الغسل، واندرجت الطهارة الصغرى تحت الكبرى.

وفى مراعاة الترتيب في أعضاء المحدث وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأنه لا ترتيب في الغسل، حتى يندرج تحته. والثاني: لا يجب؛ لأن الترتيب هيئة لهذه الطهارة، وقد اندرج أصل الطهارة، فسقط حكم الهيئة.

الرابع^(١): إذا خرج منه بلل ولم يدر أنه مئى أو مذى، لا يلزمه الغسل؛ لأنه لا يتيقن الجنباء، ولكن يتخير إن شاء توضأ مع الترتيب وغسل الثوب، وإن شاء اغتسل وترك غسل الثوب أحداً بأنه مئى، فإن توضأ ولم يغسل الثوب وصلى فيه، لم يصح على المذهب، وفيه وجه لا يعتد به.

وقيل أيضاً: لو توضأ منكساً جاز؛ لأن الترتيب غير مستيقن، وهو خطأ؛ لأن الترتيب لا يسقط إلا بالغسل.

القول في سنن الوضوء، وهي ثمانى عشرة:

الأولى: السواك:

لقوله عليه الصلاة والسلام: «السواك مطهرة للقم مرضاة للرب عز وجل»^(٢). ثم آتته قضبان الأراك، وكل خشن يزيل القلح^(٣)، ولا يكفي السواك بالإصبع؛ لعدم الاسم.

(١) أى الرابع من الفروع.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه (٤٠/٢)، والنسائى فى سننه (١٠/١)، وابن ماجه فى سننه (٢٨٩)، والإمام أحمد فى المسند (٣/١)، ١٠، ٦٢٤٧/٦، ١٤٦، وسنن الدارمى (١٧٤/١)، وصحيح ابن خزيمة (١٣٥)، والطبرانى فى المعجم الكبير (١٠/٨، ٢٤٨)، وكشف الخفا (٥٥٤/١)، ومسند الشافعى (١٣).

(٣) القلح: صفرة الأسنان. انظر: القاموس المحيط (٢٥٢/١).

وروقته عند الصلاة وإن لم يتوضأ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «صلاة بسواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك»^(١).

وعند الوضوء وإن لم يصل^(٢)، وعند تغير النكحة بالنوم^(٣)، أو بطول الأزم، أو أكل ما له رائحة كريهة.

ولا يكره إلا بعد الزوال للصائم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك»^(٤).

وكيفيته: أن يستاك عرضاً وطولاً، وإن اقتصر على أحدهما فعرضاً، كذلك كان يستاك رسول الله ﷺ^(٥).

الثانية: التسمية:

وهي مستحبة في ابتداء الوضوء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وضوء لمن لم يسم الله»^(٦)، ومعناه لا وضوء كاملاً.

(١) روى بهذا اللفظ في كشف الخفا للمجلوني (٢٣/٢)، وفي الدرر المنتشرة في الأحاديث المنتهية للسيوطي (١٠٣)، وبلغت: «صلاة بسواك خير من سبعين صلاة بغير سواك». انظر: كشف الخفا (٣٣/٢)، تنزيه الشريعة لابن عراق (١١٥/٢)، والفوائد المجموعة لثيوكانى (١١). قلت: وأصبح ما في هذا الباب حديث رواه البخاري في صحيحه (٥/٢)، ومسلم (الطهارة ب ١٥ رقم ٤٢)، وغيرهما بلفظ: «لولا أن أشق على المؤمنين لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة». وأخرجه أيضاً الإمام أحمد (٣٩٩/٢).

(٢) وفيه حديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٥/١)، وشرح معاني الآثار (٤٣/١)، بلفظ: «لولا أن أشق على أمي لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء». وبلغت: «عنده بدل ومع». انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١٦٨/١)، الكامل في الضعفاء لابن عدى (١٢١٨/٣).

(٣) وفيه حديث النسائي في سننه (٢١٢/٣)، وكنز العمال للمتقى الهندي (٢٦٩٧٧)، والكامل في الضعفاء لابن عدى (١٢٠٠/٣)، بلفظ: «كنا نؤمر بالسواك إذا قمنا من الليل»، وبلغت: «كنا إذا قمنا من الليل نؤمر أن نشوص أفواهنا بالسواك». انظر: نيل الأوطار (١٠٥/١).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤/٤، ٢١١/٧، ٧٥/٩، ١٩٢)، وصحيح مسلم (الصيام ب ٣٠ رقم ١٦٣، ١٦٥)، ومسنند أحمد (٤٤٦/١، ٢٥٧/٢، ٢٦٦/٢، ٢٨١، ٣١٣/٢، ٣٩٥، ٤١٤، ٤٤٣، ٤٥٨، ٤٦١، ٤٦٧، ٤٧٥، ٤٧٧، ٤٨٥، ٥٠١، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥١٦، ٤٠/٦، ٤٠/٣).

(٥) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٤٠/١)، وتلخيص الحبير (٦٥/١، ٦٦)، وإتحاف السادة المتقين (١٢٥/٧، ٣٥٠/٢، ٢٢٢/٥)، والدرر المنتشرة في الأحاديث المشهورة (١٣).

(٦) الحديث رواه الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٣٥٢/٢)، والعراقي في المغني عن حمل-

الثالثة: غسل اليدين ثلاثاً قبل إدخالهما في الإناء:

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا استيقظ أحدكم من نومه، فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً، فإنه لا يدرى أين باتت يده»^(١). وإن تيقن طهارة يده، ففي بقاء الاستحباب وجهان:

الرابعة والخامسة: المضمضة، والاستنشاق في الوضوء، والغسل:

ثم ذكر المزني: أنه يأخذ غرفة لفيه وأنفه، وهكذا روى عبد الله بن زيد^(٢) من وضوء رسول الله ﷺ^(٣).

ونقل البويطي^(٤): أنه يغرف لفيه غرفة، ولأنفه غرفة. وهكذا روى عثمان^(٥) وعلى^(٦) من وضوء رسول الله ﷺ، فقليل به^(٧). وقيل: الأقل ما نقله المزني، والأكمل ما

= الأسفار (١٣٢/١)، ونصب الراية للزيلعي (٣/١)، والكنى والأسماء للدولابي (٣٦/١)، ١٢٠، والترغيب والترهيب للمندري (١٦٣/١).

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (الطهارة ٨٧)، وأبو داود في سننه (١٠٥)، وابن ماجه في سننه (٣٩٤)، وأحمد في المسند (٢٤١/٢، ٤٥٥، ٤٧١، ٥٠٧).

(٢) هو عبد الله بن زيد بن عاصم بن كعب النخاري الأنصاري، صحابي جليل من أهل المدينة، كان شجاعاً، مقداماً، شهد بدرًا، وقتل مسيلمة الكذاب يوم اليمامة. استشهد في وقعة الحرة سنة (٦٣هـ). انظر: حلية الأولياء (٢٨٢/٢)، الأعلام (٢١٩/٤).

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (٢١٠/١)، والبخاري في كتاب الوضوء، وتلخيص الحبير (٨٠/١) عن عبد الله، أنه أفرغ من الإناء على يديه فغسلهما، ثم أدخل يده فاستخرجها فمضمض واستنشق من كفة واحدة، ففعل ذلك ثلاثاً.

(٤) هو يوسف بن يحيى أو يعقوب البويطي، نسبة إلى بويط قرية من قرى صعيد مصر، وهو أكبر أصحاب الشافعي من المصريين، كان إماماً جليلاً، عابداً، زاهداً، فقيهاً، تفقه على الشافعي واختص بصحبته، توفي في سجن بغداد؛ لعدم قوله بخلق القرآن سنة (٢٣١هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٦٢/٢ - ١٧٠)، وفيات الأعيان (٦٠/٦).

(٥) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي القرشي أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين، ذو النورين، وأحد العشرة، ولد في سنة (٤٧) قبل الهجرة، واستشهد في سنة (٣٥هـ). انظر: أسد الغاية (٩١/٤)، الإصابة (٥٠٧/٢).

(٦) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب أمير المؤمنين ورابع الخلفاء الراشدين أبو الحسن والحسين، سبطي رسول الله ﷺ، أول من أسلم من الأطفال وأحد العشرة، ولد سنة (٢٣هـ)، واستشهد سنة (٤٠هـ). انظر: أسد الغاية (٩١/٤)، الإصابة (٥٠٧/٢).

(٧) لم أقف على رواية الفصل بين المضمضة والاستنشاق بغرفة واحدة التي أشار إليها الإمام الغزالي عن علي وعثمان، رضي الله عنهما، وروى الفصل عن غيرهما أبو داود في كتاب الطهارة =

نقله البويطى.

التفريع: إن أخذ كل واحد غرفة قدم المضمضة على الاستنشاق، وهذا التقديم مستحب أو مستحق، فعلى وجهين. فإن أخذ غرفة واحدة، فوجهان:

أحدهما: يخلط فيتمضمض ويستنشق مرة، ثم يفعل ذلك ثانية وثالثة؛ لأن اتحاد الغرفة يدل على أنهما فى حكم عضو واحد. والثانى، وهو الأظهر: أنه يقدم المضمضة.

ثم يستحب المبالغة فيهما بتصعيد الماء بالنفس إلى الخياشيم^(١)، ورده إلى الغلصمة^(٢) إلا أن يكون صائماً فيرفق، كما ورد فى الحديث^(٣).

السادسة: التكرار مستحب فى الممسوح والمغسول:

فلو شك أنه غسل مرتين أو ثلاثاً، أخذ بالأكمل كنظيره فى ركعات الصلاة. وقال الشيخ أبو محمد^(٤): يأخذ بالأكثر حذراً من أن يزيد، فإنه بدعة، وترك سنة أهون من اقتحام بدعة.

السابعة: تحليل اللحية إذا كانت كثيفة^(٥):

الثامنة: تقديم اليمنى على اليسرى^(٦).

=(٢٣٣/١) وهو ضعيف، وحديث عبد الله بن زيد فى الجمع السابق ذكره وغيرها فى الجمع كلها صحيحة.

(١) الخياشيم جمع خيشوم، وهو أقصى الأنف، وقيل: عظام رقاق فى أصل الأنف بينه وبين الدماغ. انظر: القاموس المحيط (١٠٧/٤)، المجموع (٢٥٣/١).

(٢) الغلصمة: اللحم بين الرأس والعنق، أو رأس الحلقوم. انظر: القاموس المحيط (١٥٨/٤).

(٣) ورد فى المبالغة أحاديث كثيرة، منها ما رواه النسائي فى سننه (٥/٥)، وابن ماجه (٢٨٠)، وابن حبان فى صحيحه (٢٣٣٦)، بلفظ: «إسباغ الوضوء شطر الإيمان»، ومسلم فى صحيحه (الطهارة ٢٦)، والسلسلة الصحيحة للألبانى (٥٥٦) بلفظ: «أسبغوا الوضوء، ويل للأعقاب»، ولنسائي (الطهارة ب ٧) وغيره بلفظ: «أسبغ الوضوء وبألف فى الاستنشاق»، ولابن ماجه وغيره (٤٤٨) بلفظ: «أسبغ الوضوء وخلل بين الأصابع».

(٤) هو عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن حبيب، الشيخ أبو محمد والد إمام الحرمين، كان يلقب بركن الدين، عارف بالفقه، والأصول، والنحو، والتفسير، والأدب، من مصنفاته الفروق، والسلسلة والنبصرة، وغير ذلك، توفى ودفن بنيسابور سنة (٤٣٨هـ). انظر طبقات الشافعية الكبرى (٧٣/٥) وما بعدها، البداية والنهاية (٥٥/١٢).

(٥) ودليله عن عثمان أن النبى ﷺ كان يخلل لحيته، رواه ابن ماجه والترمذى وصححه، ومثله عن أنس رواه أبو داود. انظر: نيل الأوطار (١٤٨/١)، (١٤٩).

(٦) ودليله عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: كان رسول الله ﷺ يحب التيامن فى تنعله وترجعه=

التاسعة: تطويل الغرة^(١).

العاشرة: استيعاب الرأس بالمسح^(٢):

وكيفيته: أن يبل جميع الكفين، ويلصق باطن أطراف الأصابع من إحدى اليدين بالأخرى، ويبدأ بمقدم رأسه، ويردهما إلى القفا، ثم يعيدهما إلى مقدمة الرأس ليبتل كلا وجهي الشعر، فإن لم يكف، فلا فائدة في الإعادة، وإن عسر تنحية العمامة، كَمَلَّ المسح بالمسح على العمامة، ولو اقتصر على مسح العمامة لم يجز.

الحادية عشرة: مسح الأذنين، ظاهرهما وباطنهما بماء جديد:

وكيفيته: أن يدخل مسبحة في صماخي^(٣) أذنيه ويدير إبهاميه على ظاهر أذنيه، ثم يضع الكفين على الأذنين استظهاراً، والتكرار محبوب فيه أيضاً.

الثانية عشرة: مسح الرقبة:

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مسح الرقبة أمان من الغل»^(٤).

الثالثة عشر: تخليل أصابع الرجلين، وإن كانت مفتوحة:

وكيفيته: أن يخلل باليد اليسرى من أسفل أصابع الرجل اليمنى ويبدأ بالخنصر من الرجل اليمنى، ويختم بالخنصر من اليسرى.

«وطهوره، وفي شأنه كُله. متفق عليه. انظر: نيل الأوطار (١٧٠/١)، سنن النسائي (٧٨/١). وعن أبي هريرة، رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «إذا لبستم وإذا توضأتم فابعثوا بأيمانكم»، أخرجه في السنن الكبرى البيهقي (٨٦/٣)، شرح السنة للبغوي (٤٢٣/١)، سنن أبي داود (٤١٤١)، صحيح ابن حبان (١٤٧، ١٤٥٢).

(١) ودليله حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، وفيه قال رسول الله ﷺ: «أنتم الفر المحجئون يوم القيامة من إسباغ الوضوء، فمن استطاع منكم فليطل غرته ويحمله»، رواه مسلم في صحيحه (الطهارة ٣٤)، السنن الكبرى للبيهقي (٧٧/١)، إرواء الغليل للألباني (١٣٢/١).

(٢) انظر: دليل مسح الرأس بتحقيقنا في الفرض الرابع من صفة الوضوء الباب الأول من القسم الثاني بهذا الكتاب.

(٣) الصماخ: خرق الأذن. انظر: القاموس المحيط (٢٧٢/١)، المصباح المنير (٣٧٢/١).

(٤) الحديث أورده الألباني في السلمة الضعيفة (٦٩)، إتحاف السادة المتقين للزيدي (٣٦٥/٢)، تلخيص الخبير لابن حجر (٩٢/١)، قال ابن حجر: أورده الشيخ أبو محمد الجويني، وقال: لم يرتض أئمة الحديث إسناده، فحصل التردد في أن هذا سنة أو أدب. وقال النووي في الروضة (٦١/١): لم يصح فيه، أي في مسح الرقبة، عن النبي ﷺ شيء، وليس هو سنة، بل هو بدعة، ولم يذكره الشافعي ولا جمهور الأصحاب.

الرابعة عشرة: الموالاة^(١)، وفيها قول قديم إنها واجبة.

وحد التفريق الكثير أن تجف الأعضاء مع اعتدال الحال والهواء، ثم إذا طال الرمان، فهل تجب إعادة الية؟ فعلى وجهين: أحدهما: تجب؛ لأنه انقطع حكم النية بطول الزمان. والثاني، وهو الأقيس: أنه لا تجب؛ لأنه لم يمر قطع يضاد النية.

الخامسة عشرة: لا يستعين في وضوئه بغيره^(٢):

فالأجر على قدر النصب. وقد استعان رسول الله ﷺ مرة وكان عليه جبة كمها ضيق، فمسر عليه الإسباغ منفردًا.

السادسة عشرة: أن لا ينشف الأعضاء^(٣):

(١) الموالاة هي أن تكون أعمال الوضوء متتابعة لا يقع الفصل بينها، وقد اختلف الفقهاء أكثر ما اختلفوا في الفصل الكثير، ومنشأ الخلاف هو الاشتراك الذي في «الروا» هي لعطف الشيء على الشيء، إما على الفور والتلاحق، وإما على التراخي، وأيضاً روى في الموالاة أحاديث ضعيفة. انظر: نيل الأوطار (١٧٤/١، ١٧٥)، واحتج قوم لسقوط الموالاة بما صح عنه ﷺ أنه كان يتوضأ في أول طهوره، ويؤخر غسل رجله إلى آخر الطهر، وهذا يدل على التراخي لا الموالاة. انظر: صحيح البخاري (٣٦١/١)، مسلم (٢٥٤/١)، مسند أحمد (٣٣٠/٦) من حديث ميمونة وعائشة.

(٢) ودليله حديث مغيرة، قال: كنت مع النبي ﷺ في سفر، فقال لي: «يا مغيرة، خذ الأداة»، فأخذتها ثم خرجت معه، وانطلق حتى توارى عني حتى قضى حاجته، ثم جاء وعليه شامية ضيقة الكمين، فذهب يخرج يده من كمها، فضاق فأخرج يده من أسفلها، فصبت عليه فتوضأ وضوء للصلاة، ثم مسح على خفيه. اللفظ متفق عليه. انظر: صحيح البخاري (١٠١/١)، صحيح مسلم (٢٢٩)، مسند أحمد (٢٥٠/٤)، السنن الكبرى للبيهقي (٤١٢/٢).

(٣) لم يصح في هذه المسألة حديث لا في التشفيف ولا في ترك التشفيف. ومما روى في التشفيف حديث عائشة الذي رواه الترمذي، قالت: كان للنبي ﷺ خرقة ينشف بها بعد الوضوء. قال الشوكاني: وفيه أبو معاذ، وهو ضعيف. وقال: قال الترمذي بعد أن روى الحديث: ليس بالقائم ولا يصح فيه شيء، وأخرج الحاكم والترمذي من حديث معاذ: رأيت رسول الله ﷺ إذا توضأ مسح وجهه بطرف ثوبه.

قال الحافظ: وإسناده ضعيف، وأصح ما في التشفيف حديث قيس بن سعد، قال: رأينا رسول الله ﷺ في منزلنا، فأمر له سعد بغسل، فوضع له فاغتسل، ثم ناوله ملحفة مصبوعة برعفران أو ورس، فاشتمل بها. قال الحافظ: واختلف في وصله وإرساله، ورجال إسماعيل بن داود رجال الصحيح.

ومما روى في عدم التشفيف: «إذا توضأتم فلا تنفضوا أيديكم، فإنها مراوح الشيطان»، ذكره ابن أبي حاتم في كتاب العلل، وزاد في أوله: «فأشربوا أعينكم من الماء»، ورواه ابن حبان =

لإبقاء أثر العبادة، وقد نشف رسول الله ﷺ مرة، فتبين جوازه، وكان يواظب على تركه، فتبين الأفضل، وقيل: إنه يستحب؛ لأن فيه تصاوفاً عن التصاق العبار.

السابعة عشرة: أن لا يفيض يده:

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا توضأتم فلا تنفضوا أيديكم».

الثامنة عشرة: الدعاء وهو أن يقول عند غسل الوجه:

«اللهم بيض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه»^(١). وعند غسل اليد: «اللهم أعطني كتابي يميني ولا تعطني بشمال»^(٢). وعند مسح الرأس: «اللهم حرم شعري وبشري ولحمي ودمي على النار»^(٣). وعند مسح الأذن: «اللهم اجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه»^(٤). وعند غسل الرجلين: «اللهم ثبت قدمي على الصراط»^(٥). وعند الفراغ: «أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، سبحانك اللهم وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك»^(٦).

فقد ورد فيها الأخبار الدالة على كثرة فضلها^(٧).

في الضعفاء في ترجمة البخري بن عبيد، وقال: لا يخل الاحتجاج به. وقال الشوكاني: ولم ينفرد به البخري، فقد رواه ابن طاهر في صفوة التصوف من طريق ابن أبي السرى. وقال ابن الصلاح: لم أجد له أنا في جماعة اعتنوا بالبحث عن حاله أصلاً، وتبعه النووي. انتهى. انظر: نيل الأوطار (١٧٧، ١٧٨)، تلخيص الحبير (٩٨/١، ٩٩)، فتح الباري (٣٨٣/١، ٣٨٤).
(١) إتحاف السادة المتقين للزيدي (٣٥٩/٢)، كنز العمال للمتقى الهندي (٢٦٩٩٠، ٢٦٩٩١)، ميزان الاعتدال للدهبي (٤١٢٢)، لسان الميزان لابن حجر (١٠٢٩/٣)، العلل المتناهية لابن الجوزي (٣٣٩/١).

(٢) أخرجه الزيبي في إتحاف السادة المتقين (٣٦١/٢)، تذكرة الموضوعات (٣١)، كنز العمال للمتقى الهندي (٢٦٩٩٠)، العلل المتناهية لابن الجوزي (٣٣٩/١).

(٣) أخرجه الزيبي في إتحاف السادة المتقين (٣٦٤/٢).

(٤) رواه المتقى الهندي في كنز العمال (٢٦٩٩٠، ٢٦٩٩١) بلفظ: «اللهم اجعلني ممن يستمع القول فيتبع أحسنه».

(٥) رواه الزيبي في إتحاف السادة المتقين (٣٦٧/٢).

(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٣٤٣٣)، وأحمد في المسند (٤٥٠/٣، ٤٢٠/٤، ٤٢٥)، والألباني في السلسلة الضعيفة (٦٨).

(٧) قلت: لم يرد خبر فيما ذكره الإمام الغزالي في هذه الأدعية وقت الوضوء صحيح، وإن كانت صحيحة في المعنى. قال الرافعي: ورد بها الأثر عن الصالحين. وقال السوي: هذا الدعاء لا =

الباب الثاني: في الاستنجاء^(١)

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول
في آداب قضاء الحاجة

وهي سبعة عشر:

[١] أن يعد عن أعين النظارين في الصحراء^(٢).[٢] وأن يستتر بشيء إن وجد^(٣).

-أصل له، ولم يذكره الشافعي والجمهور.

وقال في المجموع: لم يذكره المتقدمون. وقال ابن الصلاح: لم يصح فيه حديث. وقال الحافظ ابن حجر: روى فيه عن علي من طريق ضعيفة جدًا أوردها المستغفرى في الدعوات، وابن عساكر في أماليه، وهو من رواية أحمد بن مصعب المروزي بسنده عن علي، وفي إسناده من لا يعرف.

ورواه صاحب مسند الفردوس من طريق أبي زرعة الرازي بسنده عن علي أيضًا، ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث أنس نحو هذا، وفيه عباس بن صهيب وهو متروك، هذا ما يتعلق بدعاء الأعضاء.

أما الدعاء عند الفراغ من الوضوء، ففيه أحاديث صحيحة مثل ما عند مسلم (٢١٠/١) وغيره مرفوعًا، بلفظ: «أما منكم من أحد يتوضأ فيسبغ الوضوء ثم يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، إلا فتحت له أبواب الجنة الثمانية يدخل من أيها شاء»، وأخرجه الترمذي بلفظ زائد: «اللهم اجعلني من التوابين، واجعلني من المتطهرين»، وزاد النسائي: «سبحانك اللهم وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك».

انظر: تلخيص الخبير لابن حجر (١٠٠/١)، الروضة (٦٢/١)، نيل الأوطار (٢٦٠/١)، سبل السلام (٥٦/١)، سنن الترمذي مع تحفة الأحوذى (١٨١/١)، سنن ابن ماجه (١٥٩/١)، سنن أبي داود مع عون المعبود (٢٨٩/١).

(١) الاستنجاء لغة مصدر استنحى الشجر إذا قطعه من أصله؛ لأن الغسل يزيل الأثر. واصطلاحًا: الاستنجاء والاستطابة والاستجمار، إزالة الخارج من السبيلين من مخرجه، إلا أن الاستنجاء والاستطابة بالماء وبالأحجار، أما الاستجمار فيختص بالأحجار. انظر: المصباح المنير (٢٦٢/٢)، المجموع (٧٣/٢).

(٢) ومن أدلة ذلك عن جابر، قال: خرجنا مع النبي ﷺ في سفر، فكان لا يأتي البراز حتى يغيب، فلا يرى. رواه ابن ماجه. ولأبي داود: كان إذا أراد البراز انطلق حتى لا يراه أحد. سنن أبي داود (٢)، السنن الكبرى للبيهقي (٩٣/١)، شرح السنة للبقوي (٣٧٤/١)، السلسلة الصحيحة للألباني (١١٥٩).

(٣) ومن أدلة ذلك حديث أبي هريرة مرفوعًا: «من أتى الغائط فليستتر، فإن لم يجد إلا أن تجمع»

[٣] وأن لا يكشف عورته قبل الانتهاء إلى موضع الجلوس^(١).

[٤] وأن لا يستقبل الشمس والقمر^(٢).

[٥] وأن لا يستقبل القبلة^(٣)، ولا يستدبرها وهو واجب إلا إذا كان في بناء^(٤)، وإن استتر في الصحراء براحلته جاز، وكذا بذيله في أحد الوجهين.

[٦] وأن يتقى الجلوس في متحدث الناس^(٥).

[٧] وأن لا يبول في الماء الراكد^(٦)، ولا تحت الأشجار المثمرة^(٧)، ولا في

= كَثِيرًا من رمل، فليستدبره، فإن الشيطان يلعب بمقاعد بني آدم من فعل، فقد أحسن، ومن فعل فقد أحسن، ومن لا فلا حرج. انظر: سنن أبي داود (الطهارة ب ١٩)، مسند الإمام أحمد (٣٧١/٣)، سنن البيهقي (٩٤/١)، سنن الدارمي (١٧٠/١)، شرح السنة (٣٧٤/١).
(١) وفيه حديث: «كان إذا أراد الحاجة تنحى ولا يرفع ثيابه حتى يدنو من الأرض» انظر: السلسلة الصحيحة للألباني (١٠٧١، ٦١/٣).

(٢) واستدلوا بحديث طويل رواه الترمذي: أن النبي ﷺ نهى أن يبال في المغسل، ونهى عن البول في الماء الراكد، ونهى عن البول في الشارع، ونهى أن يبول الرجل وفرجه باد إلى الشمس والقمر. قال الحافظ: وهو حديث باطل لا أصل له. وقال النووي في شرح المذهب: هذا حديث باطل. وقال ابن الصلاح: لا يعرف، وهو ضعيف. انتهى. انظر: نيل الأوطار (٨٣/١)، السلسلة الضعيفة (٩٤٤)، مستدرك الحاكم (١٨٥/١)، السنن الكبرى (٩٨/١).

(٣) وفيه حديث أبي هريرة مرفوعاً: «إذا جلس أحدكم لحاجته، فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها». انظر: صحيح مسلم (الطهارة ٦٠)، نصب الراية للزيلعي (١٠٢/٢)، نيل الأوطار (٧٦/١).

(٤) وفيه حديث ابن عمر، قال: رقيت يوماً على بيت حفصة، فرأيت النبي ﷺ على حاجته مستقبل الشام مستدبر الكعبة. رواه الجماعة. انظر: متقى الأخبار (٨٠/١).

(٥) وفيه حديث أبي هريرة، رضى الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «اتقوا اللاعنين»، قالوا: وما اللاعنان يا رسول الله؟ قال: «الذى يتخلى في طريق الناس أو في ظلمهم». انظر: صحيح مسلم (كتاب الطهارة ب ٢٠ ح ٢٦٩، ٢٦٦/١)، مسند أحمد (٣٧٢/٢)، السنن الكبرى للبيهقي (٩٧/١)، مستدرك الحاكم (١٨٦/١)، صحيح ابن خزيمة (٦٧)، تلخيص الحبير لابن حجر (١٠٥/١).

(٦) وفيه حديث: «لا يبولن أحدكم في الماء الراكد ولا يغتسل فيه». رواه السائي في سننه (١٢٥/١)، وابن ماجه (٣٤٤)، ونصب الراية (١١٣/١)، وشرح معاني الآثار (١٥/١)، والكامل في الضعفاء (١٥٦٤/٤)، ويلفظ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل منه» متفق عليه. انظر: صحيح البخاري (٦٩/١)، صحيح مسلم (٢٨٢).

(٧) وفيه حديث نهى رسول الله ﷺ أن يتخلى الرجل تحت شجرة مثمرة. انظر: حلية الأولياء (٩٣/٤)، الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٦٧٢/٥)، الضعفاء للعقيلي (٤٥٨/٣)، وفيه -

الحجر^(١). وفيها أخبار.

[٨] وأن يتقى المحل الصلب، ومهاب الرياح في البول استنزاهها من رشاشه^(٢).

[٩] وأن يتكئ في جلوسه على الرجل اليسرى^(٣).

[١٠] وإن كان في بنيان يقدم الرجل اليسرى في الدخول، واليمنى في الخروج^(٤).

[١١] وأن لا يستصحب شيئاً عليه اسم الله عز وجل واسم رسوله عليه الصلاة

سفراء بن السائب متروك.

(١) وفيه حديث رواه أحمد في المسند (٨٢/٥)، البيهقي في السنن الكبرى (٩٩/١)، الحاكم في المستدرک (١٨٦/١)، وفيه: قالوا لقتادة: ما يكره من البول في الحجر؟ قال: يقال: إنها مساكين الجن. انظر: نيل الأوطار (٨٤/١).

(٢) وذلك بأن يتحرى مكاناً ليناً يأمن فيه من أن ترد رشاشه بوله، وفيه قوله ﷺ: «إذا أراد أحدكم أن يبول فليرتد لبوله». انظر: سنن أبي داود (٣)، مسند أحمد (٣٦٩/٤)، السنن الكبرى للبيهقي (٩٤/١). وسواء كان البائل قائماً أو قاعداً.

قال الشوكاني: وقد ثبت عن أمير المؤمنين على وعمر وزيد بن ثابت وغيرهم، أنهم بالوا قياماً، وهو دال على الجواز، ولم يثبت عن النبي ﷺ في النهي عنه شيء. انتهى. انظر: نيل الأوطار (٨٩/١).

(٣) وفيه حديث سراقه، قال: علمنا رسول الله ﷺ إذا أتينا الخلاء أن نتوكأ على اليسرى. قال الحازمي: لا نعلم في الباب غيره، وفي إسناده من لا يعرف؛ ولهذا قال النووي: الحديث ضعيف لا يحتج به، لكنه يبقى المعنى حيث هو مستحب، فيستأنس بالحديث.

(٤) قلت: وردت أحاديث تأمر بالتيامن في الأعمال الكريمة، ولعل استحباب الدخول باليسرى مأخوذ من أحاديث التيامن بمفهوم المخالفة، حيث يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق في الحكم إثباتاً ونفيًا، فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به، ويسمى دليل الخطاب؛ لأن دليله من جنس الخطاب، أو لأن الخطاب يدل عليه، وبما ورد في التيامن حديث عائشة، رضي الله عنها، قالت: كان رسول الله ﷺ يحب التيامن في تنعله وترجله وطهوره ومشي شأنه كله. متفق عليه. قال الشوكاني: وفي الحديث دلالة على مشروعية الابتداء باليمين في لبس النعال وفي ترجيل الشعر، أى تسريحه، وفي الطهور، فيبدأ بيده اليمنى... إلخ، إلى أن قال: وفي شأنه كله؛ تأكيد الشأن بلفظ كل يدل على التعميم، وقد خصص من ذلك دخول الخلاء والخروج من المسجد.

قال النووي: قاعدة الشرع المستمرة استحباب البداءة باليمين في كل ما كان من باب التكريم والترتين، وما كان بضدها استحباب فيه التيامن. انظر: المدخل الأصولية مدخل كيفية استساق الحكم، نيل الأوطار (١٧٠/١).

والسلام^(١).[١٢] ولا يدخل ذلك البيت حاسر الرأس^(٢).[١٣] وأن يقول عند الدخول: بسم الله، اللهم إني أعوذ بك من الخبيث المحبث الشيطان الرجيم^(٣).[١٤] وعند الخروج: الحمد لله الذى أذهب عني ما يؤذيني، وأبقى علي ما ينفعني^(٤).[١٥] وأن يعد النبل قبل الجلوس^(٥).[١٦] وأن لا يستنجى بالماء فى موضع قضاء الحاجة^(٦).

(١) وفيه حديث أنس، قال: إن النبي ﷺ كان إذا دخل الخلاء وضع خاتمه. انظر: سنن أبى داود (١٩)، السنن الكبرى للبيهقي (٩٥/١)، وعند الترمذى (١٧٤٦)، وابن ماجه (٣٠٣)، والنسائي (١٧٨/٨)، بلفظ: «ترع خاتمه».

(٢) وفيه حديث بلفظ: كان إذا دخل الخلاء غطى رأسه. انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٩٦/١)، حلية الأولياء لأبى نعيم (١٣٩/٧)، الكامل فى الضعفاء لابن عدى (٢٢٩٥/٦).

(٣) وفيه حديث بلفظ: كان إذا دخل الخلاء يقول: «اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث»، رواه الإمام أحمد بن حنبل فى مسنده (٩٩/٣). والخبث بضم الخاء والباء، ويجوز بإسكان الباء، جمع خبيث، والخبائث جمع خبيثة. قال الخطائى: يريد ذكور الشياطين وإنثائهم. قال النووى: واعتلف الذين رواه ساكن الباء فى معناه، فقيل: الخبث: الشر، وقيل: الكفر، وقيل: الشيطان، والخبائث: المعاصى. قال ابن الأعرابى: الخبث من كلام العرب المكروه. انظر: القاموس المحيط (١٧١/١)، المصباح المنير (١٧٤/١)، المجموع (٧٤/٢، ٧٥).

(٤) الحديث بهذا اللفظ أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه (٢/١، ٤٥٥/١٠)، ولفظ: الحمد لله الذى أذهب عني الأذى، فى سنن ابن ماجه (٣٠١)، وإرواء الغليل للألبانى (٩٢/١)، وإتحاف السادة المثقين (٣٤٠/٢)، وكنز العمال للمتقى الهندى (١٧٨٧٠)، والعلل المشاهية لابن الجوزى (٣٣٠/١).

(٥) وفيه حديث عائشة مرفوعاً: «إذا ذهب أحدكم إلى الغائط، فليذهب معه ثلاث أحجار». قال النووى: حديث حسن. وقال الدارقطنى: إسناده حسن صحيح. أخرجه أحمد فى المسند (١٢٣/٦)، والبيهقى فى السنن الكبرى (١٠٣/١)، ونصب الرأية (٢١٥)، وإرواء الغليل للألبانى (٨٦/١)، وتلخيص الخبير لابن حجر (١٠٩/١)، والنبل: هى الأحجار الصغيرة.

(٦) وفيه حديث: «ولا يبزلن أحدكم فى مستحبه ثم يقتل فيه، فإن عامة الوسواس منه». انظر: سنن النسائي (٣٤/١)، سنن أبى داود (٢٧)، سنن ابن ماجه (٣٠٤)، مسند أحمد (٥٦/٥)، السنن الكبرى للبيهقى (٩٨/١)، مستدرک الحاكم (١٦٧/١)، فتح البارى (٥٨٨/٨)، =

[١٧] وأن يستبرئ عن البول بالتنحيط والتنزه، وإمرار اليد على أسفل القضيب^(١).

الفصل الثاني: فيما يستنجى عنه

وهي كل نجاسة ملوثة خارجة عن المخرج المعتاد نادراً كان أو معتاداً، وبحوز الاقتصار فيه على الحجر إذا لم ينتشر إلا ما ينتشر من العامة، ويستوى فيه البول والغائط، والرجل والمرأة.

ونقل الربيع أنه إن كان في جوف مقعده بواسير، فلا يجزئه الاستنجاء إلا بالماء. فمن الأصحاب من جعل هذا قولاً، وعَلَّلَ القولين بأن الاعتبار بالخارج أو المخرج. ومن الأصحاب من أول ما نقله الربيع، وقطع بما نقله المزني، فإن البحث عن النجاسات مع أن المخرج معتاد فيه عسر، واختار القفال فيما حكاه الفوراني^(٢) أنه إن خرج غير المعتاد خالصاً لم يكف الحجر.

وقال العراقيون: لا يكفي الحجر في دم الحيض الموجب للغسل، وعدوا المذى من النجاسات النادرة.

ونقل المزني: أنه يستنجى ما لم يعد المخرج. ونقل الربيع: أنه يستنجى ما لم يخرج إلى ظاهر الإيتين. فمنهم من جعل النص قولين آخرين، ومنهم من قطع بما ذكرناه، وهو المنصوص في القديم، وأول هذه النصوص.

فروع: لو خرجت حصاة أو دودة غير ملوثة، ففي وجوب الاستنجاء وجهان، ووجه إيجابه أنه لا ينفك عن لوث وإن قل.

الفصل الثالث: فيما يستنجى به

فإن استنجى بالماء، فليكن طهوراً، وإن اقتصر على الحجر، فليكن طاهراً منشفاً غير

= وإسناده حسن عن عبد الله بن مغفل.

(١) وفيه حديث: «إذا بال أحدكم فليتر ذكره ثلاث مرات». انظر: الضعفاء للعقيلي (٣/٣٨٢)، وفيه أيضاً: «إذا بال أحدكم فليتر ذكره ثلاثاً». انظر: مسند أحمد (٤/٣٤٧)، بجمع الزوائد (١/٢٠٧)، ابن ماجه (٣٢٦)، وفي الصحيح في قصة صاحب القبر: «أما أحدهما، فكان لا يتنزه من بوله»، وبالألفاظ: «يستتر، يستنزه». انظر: إرواء الغليل (١/٣١٣)، مسند أحمد (٥/٢٦٦، ١/٢٢٥).

(٢) هو الحسين بن محمد الفوراني الإمام أبو علي البيهقي. قال الحافظ عبد الغفار: هو ركن من أركان الشافعي بناحية يهق، مدرسه ومفتيه، والمرجع إليه في مهمات الأمور ديناً ودنياً. أ.هـ. وهو من الطبقة الرابعة من فقهاء الشام. انظر: الطبقات الكبرى لابن السبكي (٤/٤٦٦).

محترم^(١)، ولا يختص بالحجر؛ لأن ما عداه في معناه.

احترزنا بالطاهر عن الروث^(٢)، والعين النجسة، فإنها تزيد المحل نجاسة أجنبية، فيتعين حينئذ الماء بعد استعمالها.

وبقولنا: مُنْشَفٌ، عن الزجاج الأملس؛ لأنه يسط النجاسة، فإن نقلها عن محلها تعين الماء. وفي التراب والحُمّة^(٣) اختلاف نص. والوجه القطع بالحواز فيما لا يفتت بالاستعمال، والمنع من الرخو تنزيلاً للنصين على اختلاف حالين.

وبقولنا: غير محترم، عن المطعومات، وما كتب عليه شيء محترم، والعصفورة الحية، والاستنجاء بيد الغير، كل ذلك محرم، وفي وجوب إعادة الاستنجاء وجهان، ووجه الوجوب أن الرخص لا تستفاد بالمعاصي. والعظم من المطعومات.

وقال ﷺ: «إنه طعام إخوانكم من الجن»^(٤).

وأما الجلد، فقد نقل حرمة^(٥) منع الاستنجاء به، ونقل البيهقي جوازه، ونقل الربيع

(١) ورد النهي عن الاستنجاء بالمحترم في حديث ابن عباس، رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «أنا نبي الجن، فذهبت معي، فقرأت عليهم القرآن»، قال: «فانطلق بنا فأرانا آثامهم وآثار نيرانهم، وسألوه الزاد، فقال: لكم كل عظم ذكر اسم الله عليه يقع في أيديكم، أوفر ما يكون لحماً وكل بعرة علف لدوابكم»، فقال رسول الله ﷺ: «فلا تستنجوا بهما فإنهما طعام إخوانكم». رواه مسلم في صحيحه (الصلاة ١٥٠)، والترمذي في سننه (٣٢٥٨)، والسنن الكبرى (١/١١، ١٠٩)، وفتح الباري (١٧٢/٧، ٦٧٠).

(٢) ورد النهي عن الاستنجاء بالروث والرمة من حديث جابر بن عبد الله، رضي الله عنه، قال: نهى النبي ﷺ أن يتمسح بعظم أو بعرة. انظر: بلوغ المرام (١/٩٦). قال: رواه أحمد ومسلم وأبو داود. وفي مسند أحمد (١/٤٩٥)، والمعجم الكبير للطبراني (١٠/٨٠) بلفظ: «نهى أن يستطاب بالروث والعظم». ومثله عند الدارقطني (١/٥٦)، والنسائي (١/٣٧)، وعن أبي هريرة، رضي الله عنه، مرفوعاً: «نهى أن يستنجى بروث أو بعظم، وقال: إنهما لا يطهران». رواه الدارقطني في سننه، وقال: إسناده حسن (١/٥٦). وروى المحاربي في التاريخ الكبير (٧/٢٨٠) بلفظ: «نهى أن يستنجى ببعرة أو بعظم (عظم)».

(٣) الحُمّة: ما أحرق من الخشب ونحوه، يعنى الفحم. انظر: المصباح المير (١/١٦٥).

(٤) سبق تخريجه. والحديث يدل على المنع من الاستحمار بالروثة، وعلة المنع في كونهما من طعام الجن. قال الحافظ: الظاهر من هذا التعليل اختصاص المنع بهما. ومن فوائده، قال صاحب بوع المرام: وفيه تنبيه على النهي عن إطعام الدواب النجاسة. أ.هـ. قال الشوكاني: تعليل النهي عن الاستحمار بالبعرة بكونها طعام دواب الجن يشعر بذلك. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (١/٩٦)، ٩٧، ٩٨، ٩٩.

منعه قبل الدباغ دون ما بعده، فقيل: إنها أقوال.

والصحيح الجواز، وحمل المنع على الجلد الدسم قبل الدباغ الذي لا يقلع النجاسة كما نقله الربيع.

فرع: الحجر المستعمل لا يستعمل ثانيًا وإن غسل إلا بعد الجفاف؛ لأن تلك الرطوبة تصير نجاسة، فتكون كنجاسة أجنبية.

الفصل الرابع: في كيفية الاستنجاء

وفيه مسائل أربعة^(١):

الأولى: أن العدد شرط؛ لقوله ﷺ: «فليستنج بثلاثة أحجار»^(٢)، فإن لم يحصل الإنقاء، فليستعمل رابعًا، فإن حصل به أوتر^(٣) بخامس؛ لأن الإيتار مستحب.

وقال مالك: يكفي ولو بواحدة إذا حصل الإنقاء.

وقال أبو حنيفة: لا حاجة إلى الحجر ولا إلى الماء، بل يعفى عن هذه النجاسة، ثم يتأدى العدد بأن يستنجى بحجر له ثلاثة أحرف بثلاث مسحات متفاصلة.

الثانية: قال رسول الله ﷺ: «يقبل بواحد ويدبر بواحد، ويخلق بالثالث»^(٤).

(٥) هو حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة، كان إمامًا جليلًا رفيع الشأن، ولد سنة (١٦٦هـ)، وروى عن الشافعي، وعبد الله بن وهب وغيرهما، وروى عنه مسلم، وابن ماجه وغيرهما، وهو ثقة ثبت. من مصنفاته: المبسوط، والمختصر. توفي سنة (٢٤٣هـ). انظر: تذكرة الحفاظ (٦٣/٢)، طبقات الشافعية الكبرى (١٢٧/٢ - ١٣١).

(١) كذا بالأصل، والصواب: أربع.

(٢) وفيه: «إذا استحمر أحدكم فليستحمر ثلاثًا». انظر: مسند أحمد (٤٠٠/٣)، السنن الكبرى للبيهقي (١٠٣/١، ١٠٤)، مجمع الزوائد (٢١١/١)، مصنف ابن أبي شيبة (١٥٥/١).

(٣) وفيه: «إذا استحمر أحدكم فليستحمر وترًا»، رواه مسلم في صحيحه (الطهارة ٢٠، ٢٤)، ومسند أحمد (١٥٦/٤)، والمعجم الكبير للطبراني (٣٣٨/١٧)، وتلخيص الخبير لأبي حجر (١١٠/١)، والكمال في الضعفاء لابن عدى (١٦٩٨/٥).

(٤) الحديث لم أقف عليه. قال النووي: لا أصل له. وقال ابن الصلاح: لا يعرف، ولا يثبت في كتاب حديث. قال الشوكاني: لا يجوز الاستنجاء بدونها؛ لنهاية ﷺ عن الاستنجاء بدون ثلاث أحجار، وأما بأكثر من ثلاث، فلا بأس به؛ لأنه أدخل في الإنقاء. وقد ذهب الشافعي وأحمد ابن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبو ثور إلى وجوب الاستنجاء، وأنه يجب أن يكون بثلاثة أحجار أو ثلاث مسحات، وإذا استنجى للقبيل والدبر وجب ست مسحات لكل واحد ثلاث =

وقال في حديث آخر: «حجر للصفحة اليمنى، وحجر للصفحة اليسرى، وحجر للوسط»^(١)، فاختلف الأصحاب، منهم من أخذ بالحديث الأول وأوجب استعمال كل حجر في جميع المحل، إذ به يتحقق العدد. وأوّل الثاني بأن البداية بالصفحة اليمنى. ومنهم من أخذ بالرواية الثانية؛ لأنها مصرحة بالتخصيص، وإنما مراعاة العدد بالإضافة إلى جملة المحل، لا إلى كل جزء. ثم الأصح أن هذا الخلاف في الأحب. وقيل: إنه خلاف في الوجوب.

الثالثة: ينبغي أن يضع الحجر على موضع طاهر ويدير، فإن أمرًا ونقل النجاسة، تعين الماء، وإن لم ينقل، فوجهان، الصحيح جوازه؛ لأن تكليف الإدارة يضيّق باب الرخصة، ولا يخلو كل استنحاء عن نقل يسير فيتسامح به.

الرابعة: الأفضل أن يجمع بين الماء والحجر، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿رَجُلًا يَجْعَلُ يَدَهُ يَتَطَهَّرُ﴾ [التوبة: ١٠٨]^(٢)، وأن يستحى اليسار^(٣)، فإن أخذ القضيّب بيد والحجر بأخرى، فليحرك اليد اليسرى، فالاستنحاء بالمتحرك، والله أعلم بالصواب.

* * *

مسحات. قالوا: والأفضل أن يكون ستة أحجار، فإن اقتصر على حجر واحد له ستة أحرف أجزاءه، وكذلك تجزئ الخرقه الصفيفة التي إذا مسح بأحد جانبيها لا يصل البلل إلى الجانب الآخر.

قالوا: وتجب الزيادة على ثلاثة أحجار إن لم يحصل الإنقاء بها. وذهب مالك وداود إلى أن الواجب الإنقاء، فإن حصل بحجر أجزاءه، وهو وجه لبعض الشافعية. وذهبت العترة وأبو حنيفة إلى أنه ليس بواجب، وإنما يجب عند الهادوية على التيمم إذا لم يستنج بالماء لإزالة النجاسة. قالوا: إذ لا دليل على الوجوب كذا في البحر، وفيه أنه قد ثبت الأمر بالاستحمار والنهي عن تركه، بل النهي عن الاستحمار بدون الثلاث، فكيف يقال: لا دليل على الوجوب. انظر: نيل الأوطار (٧٩/١).

(١) وفيه حديث: «أو لا يجد أحدكم ثلاثة أحجار، حجرين للصفحة وحجرًا للمسربة». انظر:

السنن الكبرى للبيهقي، وقال: حديث إسناده حسن (١٠٢/١)، تلخيص الحبير لابن حجر

(١١١/١)، ومثله في سنن ابن ماجه (٣١٥)، مسند أحمد (٢١٣/٥، ٢١٤، ٢١٥)

(٢) وعن أبي هريرة، رضى الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: «نزلت هذه الآية في أهل قباء، وفيه

رجال يجيئون أن يتطهروا والله يحب المتطهرين». قال: «كانوا يستنجون بالماء، فنزلت فيهم

هذه الآية». انظر: سنن أبي داود (٤٤)، سنن الترمذى (٣١٠٠)، سنن ابن ماجه (٣٥٧)،

السنن الكبرى للبيهقي (١٠٥/١).

(٣) وفيه حديث: «لا يستحى يمينه». رواه الإمام أحمد في المسند (٥٢/٢)، والدارمي في سننه

(١٢٠/١).

الباب الثالث: في الأحداث

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في أسبابها

وهي أربعة: السبب الأول: خروج الخارج من أحد السيلين^(١)، ريثما كان أو عيناً نادراً أو معتاداً، طاهراً أو نجساً، وقد تخرج الريح من الإحليل^(٢)؛ لاسترخاء الأسر^(٣)، فكل ذلك ينقض الوضوء.

والخارج من غير السيلين كالفصد، والحجامة، والقيء^(٤) والقهقهة في الصلاة وغيرها، كل ذلك لا ينقض الوضوء، خلافاً لأبي حنيفة^(٥)، ولا وضوء مما مسته النار

(١) وفيه حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: ولا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ، فقال رجل من أهل حضرموت: ما الحدث يا أبا هريرة؟ قال: فسأ أو ضراط. انظر: صحيح البخاري (٢٩/٩)، مسند أحمد (٣١٨/٢)، إرواء الغليل للألباني (١٥٤/١). قال الشوكاني: المراد بالحدث الخارج من السيلين، وإنما فسره أبو هريرة بأخص من ذلك؛ تبيينها بالأخف على الأغلف، ولأنهما قد يقعان في الصلاة أكثر من غيرهما، وهذا أحد معاني الحدث. انظر: نيل الأوطار (١٨٦/١).

(٢) الإحليل: هو يخرج البول. انظر: المصباح المنير (١٦٠/١).

(٣) الأسر: قيل المفصل، وقيل: الشرج. انظر: تفسير القرطبي (١٥١/١٩)، القاموس المحيط (٣٧١/١) مادة أسر.

(٤) أصح ما روى في ذلك عن أبي الدرداء، أن النبي ﷺ قاء فتوضأ، فلقيت ثوبان في مسجد دمشق، فذكرت له ذلك، فقال: صدق أنا صبيت له وضوءه. رواه أحمد والترمذي (بلوغ المرام ١٨٦/١). وفيه حديث معلل، ومن طريق آخر مرسل عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: ومن أصابه قيء أو رعاف أو قلنس أو مذى فليتنصرف فليتوضأ، ثم ليسن على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم. انظر: بلوغ المرام (١٨٧/١).

(٥) قال الشوكاني: ذهب إلى ذلك العترة وأبو حنيفة وأصحابه، وقيدوه بقيود: الأول: كونه من المعدة. الثاني: كونه ملء الفم. الثالث: كونه دفعة واحدة. وذهب الشافعي وأصحابه والناصر والباقر والصادق إلى أنه غير ناقض، وأجابوا عن الحديث بأن المراد بالوضوء غسل اليدين، ويرد بأن الوضوء من الحقائق الشرعية، وهو فيها لغسل أعضاء الوضوء وغسل بعضها بجمار، فلا يصار إليه إلا بعلاقة وقرينة.

قالوا: القرينة أنه استقاء يده كما ثبت في بعض الألفاظ، والعلاقة ظاهرة. وقال: واستدل الأولون، أي أبو حنيفة وأصحابه والعترة، بحديث إسماعيل بن عياش، أي حديث عائشة الذي ذكرناه في التحقيق، قال: إنه لا يصلح لذلك؛ لما فيه من المقال. انتهى بتصرف. انظر: نيل الأوطار (١٨٧/١).

خلافًا لأحمد^(١).

فروع: لو انفتحت ثقبه تحت المعدة وانسد المسلك المعتاد، وخرجت منها النجاسة المعتادة انتقض الطهر؛ لأنه في معنى المنصوص.

ولو كان السبيل المعتاد منفتحًا أو كان السبيل منسدًا ولكن الثقبه فوق المعدة، فقولان منشؤهما التردد في أنه هل هو في معناه أم لا؟.

التفريع: حيث حكمنا بانتقاض الطهر، فلو كان الخارج نادرًا، فقولان. فمحل القطع عند اجتماع ثلاثة أمور:

أن يكون السبيل المعتاد منسدًا. وأن تكون الثقبه تحت المعدة. وأن يكون الخارج معتادًا. فعند فقد بعض هذه المعاني يثور التردد.

وحيث حكم بالانتقاض، ففي حواز الاقتصار على الحجر ثلاثة أوجه: يفرق في الثالث بين المعتاد وغيره، وكأنا نرى الاقتصار على الحجر أبعد عن القياس من انتقاض

(١) ورد في الوضوء مما مست النار أحاديث بألفاظ متقاربة عن أبي هريرة وعائشة وزيد بن ثابت، عن النبي ﷺ، قال: «توضأوا مما أنضجت النار». انظر: سنن النسائي (ب ١٢١)، مسند أحمد (٤٥٨/٢، ٣٠/٤)، الكامل في الصغفاء لابن عدي (١٨٠/١). «توضأوا مما مست النار». انظر: صحيح مسلم (الحيض ٣٥٢) وغيره.

كما ورد في عدم الوضوء مما مست النار أحاديث عن ميمونة، وعمرو بن أمية، وجابر، وذهب إلى ذلك جمهرة من الصحابة، منهم الخلفاء الأربعة وجهابرة التابعين، وذكر الشوكاني أنه مذهب الأئمة، منهم الأربعة خلافًا لما ذكره الإمام الغزالي عن الإمام أحمد، والصحيح ما قاله الشوكاني، باستثناء لحوم الإبل، سواء من النار أو لا. وأجابوا على أحاديث الوجوب بجوابين:

الأول: أنها منسوخة بحديث جابر، قال: أكلت مع النبي ﷺ، ومع أبي بكر، وعمر، حبرًا ولحمًا، فصلوا ولم يتوضأوا، رواه أحمد. وعن جابر أيضًا، قال: كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مسته النار، رواه أبو داود والنسائي.

قلت ودعوى النسخ لا يتم تقريرها إلا بعد التسليم بأن فعله ﷺ يعارض القول الخاص بما ويسحبه، والمقرر في الأصول خلافه. وقالوا أيضًا: إن المراد بالوضوء غسل القدم والكفين، وأجيب بأن الحقائق الشرعية مقدمة على اللغوية والعرفية، ولا تنصرف إلا بقراءة تدل على ذلك. وادعى النوري الإجماع على أنه لا يجب الوضوء مما مست النار، ولا يحفى أن دعوى الإجماع لا تقوم ولا تتعقد بوجود مخالف، خاصة وأن منهم من لا يوجب الوضوء، وحملوا الأحاديث الواردة في ترك الوضوء من لحوم الغنم على أنها مخصصة لعموم الأمر. انظر: نيل الأوطار (٢٠٨ وما بعدها).

الطهر. وفي انتفاض الطهر بحسه ووجوب الغسل بالإيلاج فيه، وحل النظر إليه تردد، ولا يتعدى التردد من أحكام الأحداث إلى خصائص أحكام الوطء.

السبب الثاني: زوال العقل^(١): فإن حصل بغشية، أو إغماء، أو جنون، أو سكر، انتقض الطهر، قائماً كان أو قاعداً، وإن حصل بالنوم^(٢) انتقض، إلا إذا كان قاعداً ممكناً مقعده من الأرض، فلو تحافى بمقعده انتقض، ولو غامل وانتبه وكان التنبيه قبل التحافى،

(١) قال القرطبي: اتفق أهل الحق على أن العقل كائن موجود ليس بقديم ولا معدوم؛ لأنه لو كان معدوماً لما اختص بالانصاف به بعض الذوات دون بعض، وإذا ثبت وجوده، فيستحيل القول بقدمه، إذ الدليل قد قام على أن لا قديم إلا الله تعالى. قال: وقد صارت الفلاسفة إلى أن العقل قديم، ثم منهم من صار إلى أنه جوهر لطيف في البدن ينبت شعاعه منه بمنزلة السراج في البيت، يفصل به بين حقائق المعلومات. ومنهم من قال: إنه جوهر بسيط، أى غير مركب. ثم اختلفوا في محله، فقالت طائفة منهم: محله القلب؛ لأن القلب معدن الحياة ومادة الخواص. وهذا القول في العقل بأنه جوهر، فاسد من حيث إن الجواهر متماثلة، فلو كان جوهر عقلاً لكان كل جوهر عقل. وقيل: إن العقل هو المدرك للأشياء على ما هو عليه من حقائق المعنى. وهذا القول وإن كان أقرب مما قبله، فيبعد عن الصواب من جهة أن الإدراك من صفات الحسى، والعقل عرض يستحيل ذلك منه كما يستحيل أن يكون ملئذاً ومشتبهياً.

وقال الشيخ أبو الحسن الأشعري والأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني وغيرهما من المحققين: العقل هو العلم، بدليل أنه لا يقال: عقلت وما علمت، أو علمت وما عقلت. وقال القاضي أبو بكر: العقل علوم ضرورية بوجوب الواجبات وجواز الجائزات واستحالة المستحيلات. وهو اختيار أبي المعالي في الإرشاد، واختار في البرهان أنه صفة يتأتى بها درك العلوم. اعترض على مذهب القاضي واستدل على فساد مذهبه. وحكى في البرهان عن المحاسبى أنه قال: العقل آلة التمييز. وحكى عن أبي العباس القلانسي أنه قال: العقل قوة التمييز. وحكى عن المحاسبى أنه قال: العقل أنوار وبصائر. ثم رتب هذه الأقوال وحملها على محامل، فقال: والأولى ألا يصح هذا النقل عن الشافعى ولا عن مجاهد، فإن الآلة إنما تستعمل في الآلة المثبتة واستعمالها في الأغراض مجاز، وكذلك قول من قال: إنه قوة، فإنه لا يعقل من القوة إلا القدرة، والقلانسي أطلق ما أطلقه نوسعاً في العبارات، وكذلك المحاسبى. والعقل ليس بصورة ولا نور، ولكن تستفاد به الأنوار والبصائر. انتهى. انظر: تفسير القرطبي (١/٤١٠، ٤١١).

(٢) ذكر الشوكاني مذاهب ثمانية في النقض بالنوم، ثم قال: قال النووي في شرح مسلم بعد أن ساق الأقوال الثمانية التي أسلفنا، ما لفظه: واتفقوا على أن زوال العقل بالحول والإغماء والسكر بالخمر أو النيبذ أو البنج أو الدواء ينقض الوضوء، سواء قل أو كثر، وسواء كان ممكن المقعدة أو غير ممكنها. انتهى.

وقال: قال النووي في شرح مسلم: قال أصحابنا: وكان من خصائص رسول الله ﷺ أنه لا ينتقض وضوؤه بالنوم مضطجاً، للحديث الصحيح عن ابن عباس، قال: نام رسول الله ﷺ حتى مسعت غطيته، ثم صلى ولم يتوضأ. انتهى. انظر: نيل الأوطار (١/١٩٠ - ١٩٣).

لم ينتقض، وإن كان بعده انتقض، إذ يتيسر به خروج حدث لا يشعر به.

وقال المزني: النوم كالإغماء، فينتقض الوضوء بكل حال، وهو ضعيف؛ لما روى أن طلحة^(١) قال لرسول الله ﷺ: أمن هذا وضوء؟ وكان قد نام قاعداً، قال: لا أو تضع جنبك^(٢).

وقال أبو حنيفة: النوم على هيئة من هيئات المصلين لا ينتقض الوضوء. ونقل البويطي قولاً في القديم، وهو ضعيف^(٣).

السبب الثالث: اللمس: قال الله تعالى: ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣، المائدة: ٦].

فحمله أبو حنيفة، رضي الله عنه، على الجامعة^(٤). وحمله الشافعي على الجنس

(١) هو طلحة بن عبيد الله التيمي القرشي، الصحابي الجليل، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى، قتل يوم الجمل سنة (٣٦هـ)، ودفن بالبصرة. انظر: الإصابة (٣/٥٢٥ - ٥٣٣)، الأعلام (٣/٣٣١).

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في سننه (١/١٢٠)، من حديث حذيفة، وقال: تفرد به بحر بن كنيز السقاء، وهو ضعيف لا يحتج به. وقال: يحيى ليس بشيء لا يكتب حديثه، كل الناس أحب إلى منه. وقال النسائي والدارقطني: متروك. وقال أبو حاتم: ضعيف. وقال الذهبي في الضعفاء (١/١٥٢): كان يسقي الماء في المأوى له عن التابعين، تركوه. انظر: تريب التهذيب (١/٩٣).

(٣) قال النووي: وهذا مذهب أبي حنيفة ودلود، وهو قول للشافعي غريب. واستدلوا بحديث: «إذا نام العبد في سجود، باهى الله به الملائكة». رواه البيهقي، وهو ضعيف. انظر: نيل الأوطار (١/١٩٠).

(٤) ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يقضى إلا إذا تباشر الفرجان وانتشر وإن لم يمز، ومشأ ذلك عندهم أنهم حملوا لفظ «لامستم» على المعنى المجازي، وهو الجماع، مصروفاً به عن المعنى الحقيقي، وهو اللمس باليد، وذلك لقرائن منها حديث عائشة، أنها قالت: كنت أمام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته، فإذا مسح غمزني فقبضت رجلي، فإذا قام بسطتهما. قالت: والبيوت يومئذ ليس فيها مصايح. رواه البخاري في كتاب الصلاة (ح ٣٨٢)، ومسلم بكتاب الصلاة (ح ٢٧٢، ٥١٢) وغيرهما، وللنسائي (١/١٠١، ١٠٢) عنها، وفيه حتى إذا أراد أن يوتر مسني برجله.

ولمسلم (ح ٢٢٢، ٤٨٦)، والترمذي (ح ٣٤٩٣)، والبيهقي (١/١٢٧) من طريق أبي هريرة، عن عائشة، قالت: فقدت رسول الله ﷺ ليلة من الفرائش، فالتصمت فوقعت يدي على بطن قدميه وهو في المسجد وهما منصوبتان... الحديث. وفي الباب أحاديث أخر لم أذكرها هنا لضعفها، وإن كان بعضها يقوى بعضاً؛ لعدم الحاجة إليها بوجود الصحيح.

ثم فيه قروع أربعة:

الأول: اللمس وفاقاً من غير قصد ناقض للوضوء، للعموم^(٢) خلافاً للمالك، وحكى صاحب التقریب وجهاً فيه تشوقاً إلى رعاية المعنى.

الثاني: الملموس، وفيه قولان: أحدهما: لا ينتقض طهره اقتصاراً على الظاهر، فإنه ما لمس. والثاني: ينتقض، تشوقاً إلى المعنى؛ لأن الملامسة مفاعلة^(٣)، ولا خلاف في أن

= واستدل الأحناف ومن وافقهم بتفسير البحر ترجمان القرآن ابن عباس بأن اللمس المذكور في الآية المراد بها الجماع، وقول أكثر أهل العلم أن المراد بقول بعض الأعراب للنبي ﷺ أن امرأته لا ترد يد لامس، الكناية عن كونها زانية، ولهذا قال له ﷺ: «طلقها». قال ابن رشد: إن المجاز إذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة، كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث. وقال ابن حزم: لا يصح في هذا الباب شيء، وإن صح فهو محمول على ما كان عليه الأمر قبل نزول الوضوء من اللمس.

قلت: وجواب ذلك ما ذكرناه من أحاديث صحيحة رواها البخاري ومسلم وغيرهما، أما ما ذكره من دعوى النسخ، فلا يوجد حديث فيه الأمر بالوضوء من اللمس ينتهض عنى أحاديث عدم النقض الصحيحة حتى يصار إلى النسخ، وأيضاً هذه الأحاديث الصحيحة هي قرائن كما سبق تصرف المعنى الحقيقي إلى المجازي، وهو الجماع. انظر: نيل الأوطار (١/١٩٤)، بداية المجتهد (١/٤٩٠)، أحكام القرآن (١/٤٦)، تلخيص الجبير (١/٢١) وما بعدها، القاموس المحيط (٢/٢٥٨).

(١) واستدلوا أيضاً على ثبات المعنى الحقيقي وهو الجنس باليد بحديث معاذ، قال: أتى النبي ﷺ رجلاً، فقال: يا رسول الله، ما تقول في رجل لقي امرأة يعرفها غير أنه لم يجامعها؟ قال: فأنزل الله هذه الآية: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفَى النَّهَارِ وَزُلْفًا مِنَ اللَّيْلِ﴾ الآية، فقال له النبي ﷺ: «توضأ ثم صل». رواه أحمد والدارقطني.

قال الشوكاني: هو من حديث عبد الملك بن عمر، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن معاذ، وفيه انقطاع؛ لأن عبد الرحمن لم يسمع من معاذ. وأيضاً قد رواه شعبة، عن عبد الرحمن، قال: إن رجلاً... فذكره مرسلًا. انتهى. واستدلوا بأقوال بعض الصحابة وأحاديث واحتمالات تدل على أن اللمس هو الجنس باليد، وهو المعنى الحقيقي، إلا أن المقام هنا محفوف بقرائن صحيحة ذكرناها من قبل توجب المصير إلى المجاز. انظر: نيل الأوطار (١/١٩٤، ١٩٥).

(٢) أى من باب العام أريد به العام، فلم يشترط اللذة فيه، لا من باب العموم أريد به الخاص المشترك للذة، وهو مأخوذ مما عارض عموم الآية من أن النبي ﷺ كان يلمس عائشة عند سجوده بيده، وربما لمستته. انظر: بداية المجتهد (١/٤٩١)، الأم (١/١٢، ١٣)، المجموع (٢/٢٣).

(٣) أى من المفاعلة التي تدل على المشاركة. قال النووي: ومن قرأ ﴿أو لامستم﴾ حكم بمقضى =

المرأة إذا كانت هي اللامسة انتقض طهرها؛ لأنها في معنى الرجل.

الثالث: في المَحْرَم والمِيتة والصغيرة التي لا تستهي، قولان أصحهما أنه لا ينتقض تشوقاً إلى المعنى، والعجوز الهرمة ينتقض الوضوء بلمسها، فلكل ساقط لاقط.

الرابع: في الشعر والظفر خلاف، وكذا في العضو المبان منها، والصحيح أنه لا ينتقض؛ لانتهاء المعنى وهو الظاهر، إذ لا يقال: لمَسَ النساء.

السبب الرابع: مس الذكر: قال عليه الصلاة والسلام: «من مس ذكره فليتوضأ»^(١).

وفي معناه: من مَسَ ذكرَ غيره، وكذلك المرأة إذا مست فرجها. ولو مس حلقة دبره، قال في القديم: لا ينتقض. وفي الجديد ألحقه بالمنصوص.

وقال في فرج البهيمة في الجديد: لا ينتقض بمسه، وفي القديم ألحقه به.

وأما الصغير والميت، فينتقض الطهر بمس ذكرهما؛ لوجود اسم الذكر.

قال الشيخ أبو محمد: هذا يدل على تحريم النظر إلى فرج الصغير، فيحمل ما روى من تقبيل رسول الله ﷺ زبيبة الحسن والحسين^(٢) على جريانه وراء الثوب.

فأما الذكر المبان، ففيه وجهان.

= وضوء للممس أيضاً؛ لأنها مفاعلة. انتهى. قلت: وعلى مذهب من أوّل اللمس باجماع ينتقض بلا خلاف. انظر: المجموع (٢/٢٦).

(١) أخرجه مالك في الموطأ (ح ٥٨)، والشافعي في الأم (٣٢/١)، وأبو داود في سننه (٤١٢)، والترمذي في سننه (ح ٨٢)، والنسائي في سننه (١٠٠/١)، وابن حزم في المحلى (٢٣٩/١)، والبيهقي في سننه (١٢٨/١ - ١٣٠)، كلهم عن بسرة بنت صفوان مرفوعاً.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. قال محمد، يعني البخاري: أصح شيء في هذا الباب حديث بسرة. وقال الدارقطني: صحيح ثابت. وقال أبو داود: قلت لأحمد: حديث بسرة ليس بصحيح؟ قال: بل هو صحيح. وقال الحافظ: وصححه أيضاً يحيى بن معين فيما حكى ابن عبد البر، وأبو حامد الشرقي، والبيهقي، والحازمي. انظر: تلخيص الحبير (١/١٢٢).

(٢) روى الطبراني والبيهقي من حديث أبي ليلي الأنصاري، قال: كما عند النبي ﷺ، فجاء الحسن، فأقبل يتمرغ عليه، فرفع عن قميصه وقبل زبيته. قال البيهقي: إسناده ليس بالقوى. وروى الطبراني من طريق قابوس بن أبي ظبيان، عن أبيه، عن ابن عباس، قال: رأيت النبي ﷺ فرح ما بين فخذي الحسين وقبل زبيته. قال الذهبي: وقال النسائي وغيره: قابوس ليس بالقوى انتهى. قلت: وتأويل الشيخ أبي محمد على جريانه وراء الثوب، يخالف ما جاء في سياق البيهقي حيث فيه أنه رفع عن قميصه. انظر: السنن الكبرى للبيهقي (١/١٣٧)، تلخيص الحبير (١/١٣٧)، مجمع الزوائد (٩/١٨٦)، المغني في الضعفاء (٢/٢٠٣).

وأما محل الجنب، فينتقض الوضوء بحسه.

ثم هذا كله في المس بالكف، فإن كان برأس الأصابع، فوجهان؛ لأنه خارج عن سمت الكف، ولكنه من جنس بشرة الكف، وإن كان بما بين الأصابع، فالصحيح أنه لا ينتقض.

فرع: إذا مس الخنثى^(١) من نفسه فرجه انتقض طهره، فإن مس أحدهما فلا؛ لاحتمال أنه عضو زائد، وإن مس أحدهما وصلى، ثم توضأ ومس الآخر وصلى، فإحدى صلاتيه باطلة قطعاً، وهل يقضى؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يقضيهما جميعاً كمن فاتته صلاة من صلاتين.

والثاني: لا يقضيهما؛ لأن لكل صلاة حكمها، فهو كما لو صلى صلاتين إلى جهتين باجتهادين، أما إذا مس رجل فرج الخنثى، إن مس ذكره انتقض، وإن مس فرجه لم ينتقض، والمرأة إن مست فرجه انتقض، وإن مست ذكره لم ينتقض؛ لاحتمال أنه عضو زائد. ولو أن خنثيين مس أحدهما من صاحبه الفرج، ومس الآخر الذكر، فقد انتقضت طهارة أحدهما لا بعينه بكل حال، ولكن تصح صلاتهما، ويأخذ كل واحد منهما باحتمال الصحة، كما إذا قال الرجل: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتى طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتى طالق، وأشكل دام الحل لكل واحد منهما.

فإن قيل: وبم يتبين حال الخنثى؟ قلنا: بثلاثة طرق:

إحداها: خروج الخارج من أحد الفرجين، فإن بال بفرج الرجال، أو أمني فرجل، وإن بال بفرج النساء، أو حاضت فامرأة، وإن أمني بفرج الرجال وحاض بفرج النساء، قيل: التعويل على المبال؛ لأنه أدوم، وقيل: مشكل.

الثانية: نبات اللحية ونهود الثدي فيه خلاف، والأظهر أنه لا عبرة بهما؛ لأن ذلك لا يعد نادراً على خلاف المعتاد، ولا خلاف أن عدم نبات اللحية وعدم نهود الثدي في أواهما لا نظر إليه، ولا نظر إلى ما قيل من تفاوت عدد الأضلاع، فلا أصل له في الشرع والتشريح.

(١) قال الورى: الخنثى نوعان، أحدهما، وهو المشهور، أن يكون له فرج المرأة وذكر الرجل. والثاني. أن لا يكون له واحد منهما، بل له ثقب يخرج منها الخارج، ولا تشبه فرج واحد منهما، وهذا الضرب الثاني ذكره الماوردي والبعوى وغيرهما.

قال البعوى: وحكم هذا الثاني أنه مشكل يوقف أمره حتى يبلغ، فيختار لنفسه ما يميل إليه طبعه من ذكورة وأنوثة. وأما النوع الأول، فهو الذي فيه التفريع، فمذهبن أنه إما رجل وإما امرأة، وليس قسمًا ثالثًا. انتهى. انظر: المجموع (٤٦/٢).

الثالثة: أن يراجع الشخص ليحكم بحمله، فإن أخبر لا يقبل رجوعه إلا أن يكذبه الحس بأن يقول: أنا رجل، ثم يلد ولدًا.

قاعدة: يقين الطهارة لا يرفع بالشك، ولا يقين الحدث يرفع بشك الطهارة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الشيطان ليأتي أحدكم وهو في صلاته فينفخ بين إلبتسه ويقول: أحدثت، أحدثت، فلا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»^(١).

فإن غلب على ظنه الحدث، فلا تعويل عليه؛ لأن العلامات تندر في الأحداث، فلا مجال للاجتهاد فيها بخلاف النجاسات.

واستثنى صاحب التلخيص من هذا أربع مسائل:

إحداها: أن الناس لو شكوا في انقضاء وقت الجمعة صلوا الظهر، وإن كان الأصل بقاء الوقت؛ وعلمته أن الأصل وجوب الأربع، فلا يعدل إلى الجمعة إلا بيقين.

الثانية: إذا شك في انقضاء مدة المسح لم يمسه؛ وسببه أن الأصل غسل الرجلين، فلا عدول إلا بيقين.

الثالثة: إذا انتهى المسافر إلى مكان وشك أنه وطنه أم لا، أخذ بأنه وطنه.

الرابعة: لو شك أنه نوى الإقامة أم لا، لم يترخص بالقصر؛ لأن الأصل الإتمام.

وأبدى بعض الأصحاب خلافًا في المسألتين الأخيرتين دون الأولى، وهو بعيد.

فرع: إذا تيقن أنه بعد طلوع الشمس توضأ وأحدث ولم يدر أيهما سبق؟

قال صاحب التلخيص: يسند الوهم إلى ما قبله، فإن انتهى إلى الحدث، فهو الآن متطهر؛ لأنه تيقن طهرًا بعده، وشك في الحدث بعد الطهر، وإن انتهى إلى الطهر، فهو الآن محدث؛ لما ذكرناه.

ومنهم من قال: إن انتهى إلى طهر، فمتطهر، وإن انتهى إلى حدث فمحدث، والظن الطارئان يتعارضان، والصحيح هو الأول.

(١) لم أحده بلفظه، والذي في صحيح مسلم (حيض ٩٩)، والسنن الكبرى للبيهقي (١/١١٧)، وصحيح ابن خزيمة (٢٨٢٤)، وتلخيص الحبير لابن حجر (١/١٢٧): «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئًا فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا».

الفصل الثاني في حكم الحدث

وهو المنع من الصلاة^(١) والطواف^(٢) وسجود التلاوة^(٣) ومس المصحف^(٤) وحمله، ويستوى في المس الجلد والخواشي ومحل الكتابة. نعم في الخريطة^(٥) والصندوق والغلاف والعلاقة وجهان.

ولو قلب الأوراق بقضيب، ففيه وجهان أصحهما المنع؛ لأنه حامل للورق، ولو قلب

(١) والدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: ٦]، وقوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور». النسائي (٨٧/١)، إرواء الغليل للألباني (٢٦٧/١).

(٢) وهو عند مالك والشافعي أشبه الصلاة لما ثبت أنه ﷺ منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة. أخرجه البخاري (ح ٣٠٥)، ومسلم (ح ١١٩) وسيأتي لفظه في موضعه.

(٣) لم يختلف العلماء في أن الحدث يمنع من الصلاة، إلا في سجود التلاوة وصلاة الجنائز. قال ابن رشد: فيه خلاف شاذ، والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على صلاة الجنائز وعلى السجود. انتهى. انظر: بداية المجتهد (٥١٩/١).

(٤) قال ابن رشد: هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا؟ فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي إلى أنها شرط في مس المصحف، وذهب أهل الظاهر إلى أنها ليست بشرط في ذلك. والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾ [الواقعة: ٧٩]، بين أن يكون «المطهرون» هم بنو آدم، وبين أن يكونوا هم الملائكة، وبين أن يكون هذا الخبر مفهومه النهي، وبين أن يكون خبراً لا نهياً، فمن فهم من «المطهرون» بنى آدم وفهم من الخبر والنهي، قال: لا يجوز أن لمس المصحف إلا طاهر، ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ «المطهرون» الملائكة، قال: إنه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف. وإذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة، بقي الأمر على البراءة الأصلية، وهو الإباحة.

وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم، أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب: «لا يمس القرآن إلا طاهر». وصحيفة عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها؛ لأنها مصحفة، ورأيت ابن المؤاز يصححها إذا روتها الثقات؛ لأنها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام، وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأهل الظاهر يردونها، ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر؛ لأنهم غير مكلفين. انتهى. انظر: بداية المجتهد (٥٢٠/١).

والحديث رواه الحاكم وصححه (٣٩٥/١ - ٣٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٤) - (٩٠)، ومالك في الموطأ مرسلاً (١٩٩/١)، وأبو داود في المراسيل (ص ١٣)، والنسائي في سننه موصولاً (٥٧/٨ - ٦٠)، كما قال ابن حجر في تلخيص الحبير (١٣١/١)، والألباني في إرواء الغليل (١٥٨/١).

(٥) الخريطة: شبه كيس من أديم وخرق. انظر: المصباح النير (١٧٨/١).

بطرق اليد وهى مستورة بالكم فحرام؛ لأن التقلب باليد حرام.

وأما الحمل، فهو محرم إلا إذا كان فى صندوق ومعه أمتعة، فوجهان، وجه التجويز أنه غير مقصود، ولا يُحرم مَسُّ كتاب فيه بسم الله، ولا كتب التفسير والمفقه، ولا الثوب لطرازه، ولا الدرهم لنقشه، وكذا كل ما لم يكتب للدراسة، فأما لوح الصبيان فلا، وإن كتب للدراسة؛ لأن فيه مشقة.

والأصح أنه لا يجب على المعلم تكليف الصبي المميز الطهارة لمس المصحف واللوح، فإن فى حفظها عليهم عسرًا.

أما الجنابة فكالحديث، ونزید هاهنا تحريم قراءة القرآن^(١) والمكث فى المسجد، أما العبور فلا^(٢).

ثم لا فرق فى القراءة بين آية وبعضها، إلا أن يأتى بها على قصد الذكر، كقوله: بسم الله والحمد لله^(٣). والمذهب أن الحائض كالجنب.

وحكى أبو ثور^(٤)، عن أبى عبد الله أنه كان لا يحرم عليها القراءة إما لحاجة التعليم

(١) وفيه أحاديث لا ينتهز للاحتجاج بها، مثل حديث ابن عمر مرفوعًا: «لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئًا من القرآن». أخرجه الترمذى (١٣١)، وابن ماجه (٥٩٦). وشرح معانى الآثار (٨٨/١)، بلفظ: «لا يقرأ الجنب من القرآن حرفًا واحدًا». وفى جامع مسانيد أبى حنيفة (٢٥٧/١)، بلفظ: «لا يقرأ الجنب شيئًا من القرآن». سنن الدارقطنى (١٣١/١، ١١٧/١)، وعلل الحديث لابن أبى حاتم (١١٦)، ونيل الأوطار (٢٢٥/١).

(٢) وفيه حديث صحيح بتصحيح مسلم، كما قال ابن سيد الناس، عن عائشة، قالت: قال لى رسول الله ﷺ: «ناولنى الخمرة من المسجد»، فقلت: إنى حائض، فقال: «إن حيضتك ليست فى يدك». صحيح مسلم (٢٤٥)، وأبو داود (٢٦١)، والترمذى (١٣٤)، وابن ماجه (٦٣٢)، ومسند أحمد فى مواضع كثيرة منها (٤٥/٢، ٧٠، ٨٦، ١١٢)، وإرواء العليل للأبسانى (٢١٢/١).

(٣) وذهب أبى حنيفة أنه يجوز له قراءة دون آية إذ ليس بقرآن، وذهب بعض أصحابه إلى الحواز إذا ما فعل لغير التلاوة، كما مريم اقتنى، لا لقصد التلاوة. قال الشوكانى: أخرج البخارى، عن ابن عباس أنه لم ير فى القراءة للجنب بأسًا، ويؤيده التمسك بعموم حديث عائشة، أن رسول الله ﷺ كان يذكر الله على كل أحيانه، وبالبراءة الأصلية حتى يصح ما يصلح لتحصيل هذا العموم وللنقل عن هذه البراءة. انظر: نيل الأوطار (٢٢٦/١).

(٤) هو إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، الفقيه المحدث صاحب الإمام الشافعى، روى عن سفيان ابن عيينة، ووكيع، وعبد الرحمن بن مهدي، والشافعى، وروى عنه مسلم خارج الصحيح، وأبو داود، وابن ماجه، وغيرهم. قال الإمام أحمد: أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة، وهو عدى فى =

وإما خيفة السيان، فقيل: أراد بأبي عبد الله: الشافعي^(١)، رضى الله عنه، وقيل: أراد به مالكا، رضى الله عنه.

ولا بأس للجنب بأن يجمع ويأكل ويشرب. ولكن يستحب له أن يتوضأ وضوءه للصلاة^(٢)، ويقسل فرجه عند الجماع، فقد ورد فيه الحديث.

وروى أن رجلاً سلم على رسول الله ﷺ وكان جنباً، فضرب يده على الجدار وتيمم ثم أحاب^(٣)، تعظيماً للسلام، فعلى هذا لو تيمم المحدث لقراءة القرآن مع وجود الماء كان جازياً على وفق الحديث، ولا يجوز ذلك فى صلاة الجنابة، فإن الطهارة فيه واجبة^(٤).

وفضل ماء الجنب طاهر، وهو الذى مسه الجنب والحائض والمحدث، خلافاً لأحمد^(٥)، رحمه الله تعالى.

=مساخ سفيان الثوري، وقد كان على مذهب الشافعي، ثم استقل برأيه. من مصنفاته اختلاف مالك والشافعي. توفى سنة (٢٤٠هـ). انظر: شذرات الذهب (٩٣/٢)، طبقات الشافعية الكبرى (٧٥/٢)، تاريخ بغداد (٦٥/٦).

(١) قال النووي: أما إحراء القراءة على القلب من غير تحريك اللسان، والنظر فى المصحف، وإمرار ما فيه فى القلب، فحائز بلا خلاف، وأجمع العلماء على جواز التسيب والتلهيل وسائر الأذكار غير القرآن للحائض والنفساء. انظر: المجموع (٣٥٦/٢، ٣٥٧).

(٢) وفيه أحاديث تدل على جواز الأكل والشرب والنوم للجنب، منها عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: كان النبي ﷺ إذا كان جنباً فأراد أن يأكل أو ينام توضأ. شرح السنة للبقوى (٣٥/٢)، ولفظ: «غسل كفيه». سنن أبى داود (الطهارة ب ٨٨)، وسنن أبى ماجه (٥٩١)، ومسند أحمد (١٩٢١٦)، وفيه أيضاً حديث عمار بن ياسر، أن النبي ﷺ رخص للجنب إذا أراد أن يأكل أو يشرب أو ينام أن يتوضأ وضوءه للصلاة. سنن أبى داود (٣٢٥)، بمجمع الزوائد للهيثمى (٢٧٤/١)، نيل الأوطار (٢١٤/١ - ٢١٦).

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه (٣٣٧)، ومسلم فى صحيحه كتاب الحيض (ح ١١٤، ٣٦٩)، ومسند الإمام أحمد (١٦٩/٤)، وسنن أبى داود (٢٣٣/١، ٢٣٤).

(٤) وجوب الطهارة فى صلاة الجنابة هو مذهب الجمهور، وذلك لإطلاق اسم الصلاة على صلاة الجنابة، وخالفهم البعض وهو خلاف شاذ، فهم لا يطلقون اسم الصلاة على صلاة الجنابة؛ لأنها ليس فيها ركوع ولا سجود، ومن ثم لا يشترطون فيها طهارة.

(٥) اختلفت الرواية عن أحمد، رحمه الله، فى وضوء الرجل بفضل وضوء المرأة إذا خلعت به، والمشهور عنه أنه لا يجوز ذلك، وهو قول عبد الله بن عمر فى الحائض والجنب. قال أحمد: قد كرهه غير واحد من أصحاب النبي ﷺ. وأما إذا كانا جميعاً فلا بأس، والثانية يجوز الوضوء به للرجال والنساء، اختارها ابن عقيل، وهو قول أكثر أهل العلم. انتهى. انظر: المغنى (٢١٤/١). =

الباب الرابع: في الغسل^(١)

= وفي الباب حديث ميمونة، عن ابن عباس، قال: اغتسل بعض أزواج النبي ﷺ في جفنة، فغاء النبي ﷺ ليتوضأ منها، أو يغتسل، فقالت: يا رسول الله، إني كنت جنباً، فقال: فإن الماء لا يجنب. رواه الترمذى (ح ٦٥)، وقال: حسن صحيح. وأخرجه أحمد (٣٣٠/٦)، وأبو داود (٥٥٠/١)، (٥٦).

وفيه حديث عن عائشة وأم سلمة وميمونة، فحديث عائشة بلفظ: كنت أغتسل أنا والسي ﷺ من إناء واحد تختلف أيدينا فيه من الجنابة. أخرجه البخارى (٨٧/١ ح ٢٦١)، ومسلم (ح ٣٢١/٤٥)، وغيرهما.

أما حديث أم سلمة بنحوه أخرجه البخارى (ح ٣٢٢)، ومسلم (ح ٣٢٤)، وغيرهما. وأخرج حديث ميمونة البخارى (ح ٢٥٣)، ومسلم (٣٢٢).

أما ما جاء في النهي عن استعمال فضل المحدث ما أخرجه البخارى في التاريخ الكبير (١٨٥/٤)، وأبو داود (٦٣/١)، وأحمد (٦٦/٥)، وغيرهم بلفظ: نهى أن يتوضأ بفضل المرأة. وما أخرجه ابن ماجه (٧٢٣/١) (ح ٣٧٤)، والطحاوى في شرح معاني الآثار (٢٤/١)، والدارقطنى (١١٦/١، ١١٧)، وابن حزم في المحلى (٢١٢/١) بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن أن يغتسل الرجل بفضل المرأة، والمرأة بفضل الرجل، ولكن يشرعان معاً. وهى لا تنتهض فى قوتها على أحاديث جواز استعمال فضل المحدث.

(١) قال الشوكانى: قال النووى: الغسل إذا أريد به الماء، فهو مضموم الغين، وإذا أريد به المصدر، فيحوز يضم الغين وتفتحها لعتان مشهورتان، وبعضهم يقول إن كان مصدراً لغست، فهو بالفتح كضربت ضرباً، وإن كان بمعنى الاغتسال فهو بالضم كقولنا: غسل الجمعة مسنون، وكذلك الغسل من الجنابة واجب وما أشبهه.

وأما ما ذكره بعض من صنف فى لحن الفقهاء من أن قولهم غسل الجنابة واجبة ونحوهما بالضم لحن، فهو خطأ منه، بل الذى قالوه صواب كما ذكرنا، وأما الغسل بكسر الغين، فهو اسم لما يغسل به الرأس من خطمى وغيره. انتهى.

وقال الجوهري: غسلت الشيء غسلًا بالفتح، والاسم الغُسْلُ بالضم، ويقال: غُسِلَ، كغُسِرَ وغَسِرَ. قال الإمام أبو عبد الله بن مالك فى أمثله: والغُسْلُ، يعنى بالضم: الاغتسال، والماء الذى يغتسل به. وقال القاضى عياض: الغُسْلُ بالفتح: الماء.

والغُسْلُ: الإِسَالَةُ، والغُسَالَةُ: ما غسلت به الشيء، والغُسُولُ: الماء الذى يغتسل به، وكذلك المعتسل، والمغتسل أيضاً الذى يغتسل فيه. والغسل بالكسر: ما يغسل به الرأس من يخطبى وغيره، ومنه الغسلين، وهو ما اتغسل من لحوم أهل النار ودمائهم، هذا فى اللغة.

أما اصطلاحاً، فهو عند الحنفية: غسل البدن. وعند الشافعية: سيلان الماء على جميع البدن وعند المالكية: إيصال الماء لجميع الجسد بنية استباحة الصلاة مع ذلك. وعند اخنابة: استعمال ماء طهور فى جميع بدنه، على وجه مخصوص. انظر: نيل الأوطار (٢١٨/١)، تهذيب اللغة (٣٦، ٣٥/٨)، لسان العرب (٣٢٥٦/٥، ٣٢٥٧)، الصحاح (٢٧٨٢/٥)، الدرر (١٧/١)، الخرشى (١٦١/١)، كشف القناع (١٣٩/١).

والنظر في موجهه وكيفيته

النظر الأول: في الموجب، وهي أربعة:

الأول: الحيض والنفاس، وسيأتى حكمهما في موضعهما.

الثاني: الموت، وسيأتى في الجنائز.

الثالث: الولادة، فإذا انفصل الولد دون النفاس، فالأصح وجوب الغسل؛ لأنه إذا أوجب بخروج الماء، وهو أصل الولد، فيأن يجب بنفس الولد أولى. وقيل: إنه لا يجب؛ لأن الأحداث لا تثبت قياساً.

الرابع: الجنابة، وهي المقصودة بالذكر، ويحصل بالتقاء الختانين، أو خروج المنى.

قالت عائشة^(١)، رضى الله عنها: إذا التقى الختانان، فقد وجب الغسل، فعَلَّتُهُ أَنَا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا^(٢).

ونعنى بالالتقاء التحاذي، فإن ختان المرأة فوق المنفذ، يقال: التقى الفارسان إذا تحاذيا.

ثم ليس المقصود الختان، فلو قطعت الحشفة فغيب قدر الحشفة كفى، وكذلك إذا ولج في فرج ميت أو بهيمة، أو في غير المأني ولا ختان فيه، وفي وجوب إعادة غسل الميت إذا أولج، فيه خلاف.

وأما خروج المنى، فموجب الغسل. وصفته: أنه أبيض ثخين دقاق، ويخرج بدفعات وشهوة، ويعقب خروجه فتور، وتشبه رائحته رائحة الطلع^(٣).

(١) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين، رضى الله عنها، حبيبة النبي ﷺ، لها ألفان ومائتان وعشرة أحاديث، روى عنها خلق، منهم مسروق، والأسود، وابن المسيب، وعروة، والقاسم. قال عروة: ما رأيت أعلم بالشعر من عائشة. وقال القاسم: كانت تصوم الدهر. ولدت سنة أربع من البعثة، وتوفيت سنة (٥٧ أو ٥٨ هـ). انظر: تهذيب التهذيب (٤٣٣/١٢) رقم (٣٨٤١)، تذكرة الحفاظ (ص ٢٧).

(٢) حديث إذا التقى الختانان عن عائشة، أخرجه مسلم (ح ٣٤٩)، وأحمد (٤٧/٦)، والترمذي (ح ١٠٨، ١٠٩)، وقال: حديث عائشة حسن صحيح. وعن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ. إذا جلس بين شعبها ثم جهدها فقد وجب الغسل. أخرجه البخاري (ح ٢٩١)، ومسلم (ح ٣٤٨/٨٧)، وأحمد (٢٤٧/٢، ٤٧٠)، وابن ماجه (رقم ٦٠٨).

(٣) الطلع هو ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمرًا إن كانت أنثى، وإن كانت ذكرًا لم يصير ثمرًا، =

فلو فقد من هذه الصفات التلذذ بخروجه بأن يخرج بمرض وجب الغسل، خلافاً لأبى حنيفة. وكذا إن خرج بعد الغسل من بقية الأول خلافاً لمالك؛ لأن بقية الصفات معرفة كونه منياً. وكذلك لو خرج على لون الدم؛ لاستكثر الجماع، أو جب الغسل.

فخواصه ثلاثة: التلذذ، ورائحة الطلع، والتدفق بدفعات، فإذا وجد واحد من هذه الصفات كفى، فلو تنبه من النوم ووجد رائحة الطلع من البلل لزمه الغسل، وإن لم ير إلا الشحانة والبياض، فلا يلزمه؛ لأنه مثل الودى، فإن كان الودى لا يدين بطبع صاحب الواقعة، أو تذكر في النوم نشاطاً وتلذذاً، فهو غالب ظن يحتمل أن يطرح كما في الأحداث، ويحتمل أن يخرج على الخلاف في النجاسات إذا قابل الغالب الأصل؛ لأن المنى بحال العلامات كالنجاسات.

وأما المرأة، فمنيها أصفر رقيق ولا يعرف في حقها إلا من الشهوة، فإذا تلذذت لخروج الماء اغتسلت؛ لما روى أن أم سليم^(١) أم أنس بن مالك^(٢)، قالت لرسول الله ﷺ: هل على إحدانا غسل إذا هي احتلمت؟ فقالت عائشة، رضى الله عنها: فضحت النساء فضحك الله، أو تحتلم المرأة؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «تربت يمينك، فمم الشبه إذن؟ إذا سبق ماء الرجل ماء المرأة نزع الولد إلى أعمامه، وإذا سبق ماء المرأة ماء الرجل نزع الولد إلى أخواله»، ثم قال لأم سليم: «نعم عليها الغسل إذا رأت الماء»^(٣).

حبيل يؤكل طرياً ويترك على النخلة أياماً معلومة حتى يصير فيه شيء أبيض مثل الدقيق، وله رائحة ذكية فيلقح به الأنثى. انظر: القاموس المحيط (٦١/٣)، المصباح المنير (٢٣/٢).

(١) هي الرميضاء بنت ملحان بن خالد بن زيد بن حرام الأنصارية المشهورة بأم سليم، وقيل: اسمها رميلة، ورميثة، ومليكة، والذي ورد في الصحيحين أن اسمها الرميضاء، كانت تحت مالك بن نضر في الجاهلية، فولدت منه أنس، فلما أسلمت غضب وخرج إلى الشام فمات هناك، وتزوجت بعده أبا طلحة، وكان صداقها إسلامه، كانت تداوى الجرحى وتسقى العطشى يوم أحد، وكان معها خنجر، وكانت وعائشة يوم حنين مشمرتين ثقيلان القرب وتفرغابها في أفواه المسلمين والحرب دائرة. روى عنها أنس، وابن عباس، وزيد بن ثابت، توفيت نحو سنة (٣٠هـ). انظر: الإصابة (٢٢٧/٨ وما بعدها)، الاستيعاب (ص ١٩٤٠).

(٢) هو أس بن مالك بن النضر الخزرجي خدام رسول الله ﷺ مدة إقامته بالمدينة، أمه أم سليم، قالت: يا رسول الله، هذا أنس يخدمك، وكان حينئذ ابن عشر سنين، فخدم النبي ﷺ مدة إقامته في المدينة، فاشتهر بخادم النبي ﷺ، دعا له النبي ﷺ بالبركة والورق والمال والولد، له في كتب الحديث (٢٢٨٦) حديثاً، جاوز عمره المائة عام، توفي سنة (٩٣هـ). انظر: الإصابة مع الاستيعاب (٧١/١)، أسد الغابة (١٢٧/١)، تهذيب الأسماء (١٢٧/١، ١٢٨).

(٣) الحديث روى بألفاظ مختلفة تكمل مجموعها ما ذكره الإمام الغزالي هنا، وفي البخاري ذكر =

فأما إذا خرج منى الرجل من المرأة بعد أن اغتسلت، فلا يلزمها الغسل إلا إذا كاست قضت وطرها، فيقلب اختلاط منيها به، فيجب الغسل بحكم الغالب، وهذا يدل على أن لغلبة الظن أثراً.

النظر الثاني: في كيفية الغسل

وأقل واجبه أمران: النية: فإن نوى استباحة الصلاة، أو رفع الجنابة، أو قراءة القرآن كفى، وإن نوى رفع الحدث مطلقاً، فالصحيح جوازه، وإن نوت الحائض بغسلها استباحة الوطء جاز. وقيل: لا؛ لأن الوطء موجب للغسل.

والثاني الاستيعاب: فلا يجب فيها المضمضة والاستنشاق خلافاً لأبي حنيفة^(١).

ويجب إيصال الماء إلى منابت الشعور، وإن كثفت، ونقض الضفائر إن كان الماء لا يصل إلى باطنها دون النقص؛ لقوله ﷺ: «بلوا الشعر وأنقوا البشرة، فإن تحت كل شعرة

=المتعجة أم سلمة لا عائشة (ح ١٣٠)، وأطرافه فسي (٢٨٢، ٣٢٢٨، ٦٠٩١، ٦١٢١)، وأخرجه مسلم في صحيحه (ح ٣٠١)، وفيه أن المتعجة هي عائشة، وليس فيه وصف للماء، وحديث (٣١١) بلفظ آخر، وفيه وصف ماء الرجل والمرأة، ومن أيهما يكون الشبه. ورواه أيضاً مالك وأحمد وأصحاب السنن.

(١) وسبب هذا الخلاف هو أن الأحاديث التي نقلت من صفة وضوئه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق، ومنها أخذ أبو حنيفة الوجوب، كحديث عائشة، قالت: كان رسول الله ﷺ إذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه، ثم يفرغ يمينه على شماله فيغسل فرجه، ثم يتوضأ وضوءه للصلاة، ثم يأخذ ماء فيدخل أصابعه في أصول الشعر، ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات، ثم يفيض الماء على جلده كله. أخرجه مالك (٤٤/١) (ح ٦٧)، والبخاري (٥٢/٦) (ح ٢٤٨)، ومسلم (٢٥٣/١) (ح ٣١٦/٣٥)، وأحمد (٥٢/٦) هذا الحديث ومثله عارضه حديث أم سلمة، ومنه أخذ مالك والشافعي عدم وجوب المضمضة والاستنشاق، وهو قوله ﷺ: «إنما يكفيك أن تمحى على رأسك الماء ثلاث خيئات، ثم تفيض عليك الماء، فإذا أست قد طهرت». أخرجه مسلم (٢٥٩/١) (ح ٣٣٠/٥٨)، وأحمد (٣١٥/٦)، والترمذي (١٧٥/١)، (١٧٦) (ح ١٠٥)، وقال: حديث حسن صحيح.

قال ابن رشد: وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق، فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسراً لمجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى: ﴿وإن كنتم جنّاً فاطهروا﴾ [المائدة: ٦]، أوجب المضمضة والاستنشاق، ومن جعله معارضاً جمع بينهما، بأن حمل حديثي عائشة وميمونة على التندب، وحديث أم سلمة على الوجوب. أ.هـ. انظر: بداية المجتهد (٥٣٢/١).

أما الأكمل، فيستحب فيه ستة أمور:

الأول: أن يغسل أولاً ما على بدنه من أذى ونجاسة^(٢) إن كانت.

الثاني: أن يتوضأ بعد ذلك وضوءه للصلاة، وإن لم يكن محدثاً ويتصور ذلك تنقيب الحشفة مع حائل أو مع سبق المنى على الطهارة.

وهل يؤخر غسل الرجلين في وضوءه إلى آخر الغسل؟ فيه قولان؛ لاختلاف الروايتين^(٣) عن فعل رسول الله ﷺ.

الثالث: يتعهد معاطف بدنه، ومنابت شعوره بعد وضوءه، ثم يفيض الماء على رأسه، ثم على ميامنه، ثم على ميسره.

الرابع: التكرار ثلاثاً كما في الوضوء. والأظهر أن تجديد الغسل لا يستحب، فإنه لا ينضبط بخلاف الوضوء، وفيه وجه.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، وقال: الحارث حديثه منكر، وهو ضعيف، ورواه ابن ماجه في سننه (١٩٦/١) أيضاً كتاب الطهارة من حديث أبي هريرة الذي فيه الحارث بن وجيه، ورواه الترمذي في كتاب الطهارة، وقال: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث الحارث بن وجيه، وهو شيخ ليس بذلك.

قلت: وذكره الحافظ الذهبي في المغني للضعفاء، وقال: الحارث بن وجيه، عن مالك بن دينار، قال ابن معين وغيره: ليس بشيء، ورواه أحمد بلفظ آخر (٢٩٢/٣) قال ابن حجر: إسناده صحيح. انظر: تلخيص الخبير (١٤٢/١)، نيل الأوطار (٢٤٧/١).

(٢) وفيه حديث ميمونة، قالت: وضعت للنبي ﷺ ماءً يفتسل به، فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثاً، ثم أفرغ يمينه على شماله فغسل مذاكيره، ثم ذلك يده بالأرض، ثم مضمض واستشق، ثم غسل وجهه ويديه، ثم غسل رأسه ثلاثاً، ثم أفرغ على جسده، ثم نحى من مقامه، فغسل قدميه، قالت: فأتيته بخرقة فلم يردّها، وجعل يفيض الماء بيده. أخرجه مسلم (ح ٣١٧/٣٧)، وأحمد في المسند (٣٣٠/٦)، والبخاري (٣٦٨/١) (ح ٢٥٧)، والترمذي (١٧٣/١، ١٧٤)، والنسائي (٢٠٤/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٣/١).

(٣) أي روايتي عائشة وميمونة، رضى الله عنهما، وفيهما الترتيب المستفاد من حرف «ثم» الذي يقتضي الترتيب مع التراخي، ويوجب أن الثاني بعد الأول بمهلة، وقد يستعمل حرف «ثم» بمعنى الواو مجازاً، وهذا منشأ الخلاف، والله أعلم. أما الرواية الثانية المعارضة هي رواية أم سلمة، وقد سبق ذكر هذه الروايات بالتحقيق. انظر: بداية المجتهد (٥٣٣/١)، المحرر للسرخسي (١٥٦/١، ١٥٧)، الإحكام (٥١/١)، المداخل الأصولية.

الخامس: إذا اغتسلت من الحيض، فيستحب لها أن تستعمل فرصة^(١) من مسك، إمالة للرائحة، أو ما يقوم مقامه، فإن لم تجد، فالماء كاف.

السادس: الذَّلَك، وهو مستحب^(٢).

وماء الغسل والوضوء غير مقدر، وقد يرفق بالقليل فيكفى، ويحرق^(٣) بالكثير فلا يكفى.

* * *

(١) الفرصة بكسر الفاء فسكون الراء، قطعة من القطن، أو خرقة تستعملها المرأة في مسح دم الحيض. انظر: القاموس المحيط (٣٢٢/٢).

(٢) قال ابن رشد: وطريقة الشافعي تغليب ظاهر الأحاديث على القياس، فذهب قوم إلى ظاهر الأحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء، فلم يوجبوا التدليك، وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الأحاديث، فأوجبوا التدليك، كالحال في الوضوء قال: وأعنى بالقياس قياس الطهر على الوضوء. انتهى بتصرف. انظر: بداية المجتهد (٥٣١/١).

(٣) الحرق بالضم والتحريك، ضد الرق، وأن لا يحسن الرجل العمل والتصرف في الأمور. انظر: القاموس المحيط (٢٣٣/٣).

كتاب التيمم^(١)

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول

فيما يبيع التيمم

وهو العجز عن استعمال الماء؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «التراب كافيك ولو لم تجد الماء عشر حجاج»^(٢).

ولكن للعجز سبعة أسباب:

السبب الأول: فقد الماء، وللمسافر^(٣) فيه أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يتحقق عدم الماء حواليه فيتيمم من غير طلب، إذ لا معنى لطلب مع اليأس.

الحالة الثانية: أن يتوهم وجود الماء حواليه، فيلزمه أن يطلب من مواضع الخضرة ومنزل الرفاق، ويتردد إلى حد يلحقه غوث الرفاق عند الحاجة، ولا يلزمه أكثر من

(١) قال الشوكاني: التيمم في اللغة القصد. قال الأزهري: التيمم في كلام العرب القصد، يقال: تيممت فلاناً وتأممته وبمتمته وأتممته، أى قصده. وقال صاحب لسان العرب: والأولان منها مصدرهما تيممًا، ومصدر الثالث: تأميمًا، ومصدر الرابع: تأممًا.

وقال في القاموس: أمه: قصده، كأتممه، وتأممه، وبممه، وتيممه، والتيمم أصله التأمم، فمعناه القصد. قال الله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾، أى اقصدوه. قال الشوكاني: وفي الشرع القصد إلى الصعيد لمسح الوجه واليدين بنية استباحة الصلاة ونحوها، قاله في الفتح. انظر: نيل الأوطار (٢٥٦/١)، لسان العرب (٤٩٦٦/٦)، ترتيب القاموس (٦٨١/٤)، المعجم الوسيط (١٠٧٩/٢).

(٢) رواه ابن حجر في تلخيص الحبير (١٥٤/١)، وفي نصب الراية (١٤٨/١) بلفظ: «التراب طهور المسلم»، وصحيح البخارى من (ح ٣٤٤)، وهو طويل، وفيه: «عليك بالصعيد فإنه يكفيك»، والأدلة على ذلك كثيرة، وفي هذه كفاية.

(٣) والسبب الأول، وهو فقد الماء، قال الشوكاني: قال في الفتح: واختلف هل التيمم عزيمة أو رحصة؟ وفصل بعضهم فقال: هو لعدم الماء عزيمة، وللعذر رحصة. انتهى. أما دليل فقدته للمسافر، ففيه حديث البخارى السابق ذكره، وفيه: «كنا مع رسول الله ﷺ في سمر... انظر: نيل الأوطار (٢٥٦/١)، البخارى (ح ٣٤٤).

ذلك، تم يختلف ذلك باختلاف البقاع والأحوال، فليجتهد المكلف فيه رأيه، فلو أدى صلاة بهذا الطلب، ودخل وقت صلاة أخرى، ففى وجوب إعادة الطلب، وجهان: أو لاهما: أنه لا يجب؛ لأن غلبة الظن باقية.

الحالة الثالثة: أن يتيقن وجود الماء في حد القرب، فيلزمه أن يسعى إليه.

وحد القرب إلى حيث يتردد إليه المسافر للرعى والاحتطاب، وهو فوق حد الغوث، فإن انتهى البعد إلى حيث لا يجد الماء في الوقت فلا يلزمه، وإن كان بين الربتين، فقد نص الشافعى، رضى الله عنه، أنه يلزمه الوضوء إن كان على يمين المنزل ويساره، ونص فيما إذا كان قدماه على صوب مقصده أنه لا يلزمه.

فقبل قولان بالنقل، والتخريج وهو الأصح:

أحدهما: أنه يجب؛ لأنه علق التيمم بالفقد، وهذا غير فاقد.

والثاني: لا يجب؛ لأنه في الحال فاقد.

ومنهم من فرق بين النصين^(١)، وقال: يمين المنزل ويساره منسوب إليه، وعادة المسافر التردد إليه، وأما التقدم، ثم العود قهقري، فليس بمعتاد.

وروى أن ابن عمر^(٢) تيمم، فقبل له: أَتَتِيَمُّ وجدران المدينة تنظر إليك؟ فقال: أو أحيى حتى أدخلها؟ ثم دخل المدينة والشمس حية ولم يقض الصلاة^(٣).

التفريع: إن قلنا: يجوز التيمم، فما الأولى؟

(١) تطلق كلمة «نص» عند الشافعية على حكم الإمام الشافعى على مسألة، ويكون في مقابله وجه ضعيف أو قول مخرج، وسموه أيضاً نصّاً بخلاف ما عليه أهل الأصول؛ لأنه مرفوع القدر لتبصيص الإمام عليه، أو أنه مرفوع إليه، وهو نهاية للمذهب من نصصت الحديث إذا رفعه. انظر: القاموس المحيط (٢/٢٣١).

(٢) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشى العدوى، من كبار الصحابة، نشأ في الإسلام، وهاجر مع أبيه إلى المدينة، وشهد فتح مكة، وأفتى الناس ستين سنة، عرض عليه الخلافة فرفضها، له في كتب الحديث (١٦٣٠) حديثاً، ولد سنة (٣هـ) وتوفي سنة (٧٣هـ)، وهو آخر من توفي بمكة من الصحابة. انظر: الإصابة (٢/٣٤٧)، أسد الغاية (٣/٢٢٧).

(٣) أثر ابن عمر رواه الشافعى في الأم (١/٣٩، ٤٠)، والبخارى في صحيحه معلقاً بكتاب التيمم باب (٢) (١/١٠٩)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١/١٤٥)، والبيهقى في السنن الكبرى (١/٢٣٢، ٢٣٣).

نظر إن تيقن وجود الماء قبل مضي الوقت، فالأولى التأخير للوضوء. وإن توقف بظن غالب، فقولان:

أحدهما: التعجيل أولى كما أن تعجيلها أولى من تأخيرها؛ لحيازة فضيلة الجماعة، إذ فضيلة الأولى ناجزة، والأخرى موهومة.

والثاني: التأخير أولى؛ لأن للوضوء رتبة الفرائض، فيجبره تنجيز فضيلة الوقت.

الحالة الرابعة: أن يكون الماء حاضراً كماء البئر إذا تنازع عليه النازحون، وعلم أن النوبة لا تنتهي إليه إلا بعد فوات الوقت، نص الشافعي، رضي الله عنه، أنه يصبر؛ إذ لا تيمم مع وجود الماء، ونص في الثوب الواحد يتناوب عليه جماعة العراة أنه يصبر ولا يصلى عارياً، ونص في السفينة فيها موضع واحد يمكن القيام فيه أنه يصلى قاعداً ولا يصبر.

وقال أبو زيد المروزي^(١) وجماعة من المحققين: لا فرق، بل فيهما قولان بالنقل والتخريج^(٢):

أحدهما: الصبر؛ لأن القدرة حاصلة.

والثاني: التعجيل؛ لأن القدرة بعد الوقت لا تأثير لها في صلاة الوقت، وهو جار فيما لو لاح للمسافر ماء في حد القرب، وعلم أنه لو اشتغل به لفاتته الصلاة.

ولا جريان له في المقيم بحال حتى إذا ضاق عليه الوقت، وعلم فواته لم يتيّم، هكذا قاله الأصحاب.

ومن الأصحاب من قرر النصين، وفرق بأن أمر القعود أسهل، ولذلك يجوز في النقل مع القدرة، بخلاف التيمم وكشف العورة.

(١) هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد الفاشاني نسبة إلى فاشان، قرية في مرو، المشهور بأبي زيد المروزي، الإمام البارع المحقق، من أحفظ الناس للذهب الشافعي وأحسنهم نظراً وأرهمهم في الدنيا، تفقه على الشيخ أبي إسحاق المروزي، وحدث عن محمد بن يوسف القبري، وأحمد ابن محمد المنكدر وغيرهما، وحدث عنه الدارقطني، وكان يكبره سنّاً، وتفقه عليه القفال المروزي وفقهاء مرو. ولد سنة (٣٠١هـ) وتوفي بمرو سنة (٣٧١هـ). انظر طبقات الشافعية الكبرى (٧١/٣ - ٧٧)، تهذيب الأسماء (٢/٢٣٤).

(٢) النقل هو النص المنقول عن الشافعي، والتخريج هو استنباط الأصحاب على ضوء القواعد التي رسمها لهم الإمام الشافعي.

فرعان: أحدهما: لو وجد ماء لا يكفيه لوضوئه، فقولان:

أحدهما: أنه فاقد فيتيمم. والثاني: واحدٌ فيستعمل؛ لأن المقدور لا يسقط بالمعسور، كما لو كان بعض أعضائه جريحاً، فإن قلنا: يستعمل فيقدمه على التيمم حتى يكون فاقدًا عند التيمم.

الثاني: لو صب الماء قبل الوقت ثم تيمم في الوقت لم يقض، ولو صب الماء بعد دخول الوقت، أو وهب من غير عوض للمتهب، ففي القضاء وجهان:

وجه وجوبه: أنه عصي بصَّبه، والهبة مع الحاجة إلى الوضوء والرخص لا تناط بالمعاصي، بخلاف ما قبل الوقت؛ فإنه لا حاجة، وبخلاف ما لو جاز شط النهر في أول الوقت؛ لأنه لم يضيع. ثم الصحيح أنه لا يلزمه إلا قضاء تلك الصلاة؛ لأنه في حق غيرها صب قبل وقته.

وقيل: يلزمه قضاء ما يغلب إمكان أدائه بوضوء واحد.

السبب الثاني: أن يخاف على نفسه أو ماله لو توضأ، بأن كان بينه وبين الماء سبعٌ أو سارقٌ، فله التيمم.

وفيه مسألتان: إحداهما: لو وهب منه الماء أو أعير منه الدلو أو أقرض ثمن الماء، وهو موسر فعليه القبول؛ إذ المنة لا تثقل فيها.

وهل يجب الابتداء بسؤال هذه الأمور؟ فيه وجهان^(١)؛ لأن السؤال أصعب على ذوى المروءات، وإن هان قدر المستول. فأما إذا وهب منه الدلو، أو ثمن الماء، فيلزمه القبول لعظم المنة فيه.

الثانية: لو بيع الماء بغبن لم يلزمه شراؤه، وكذا إن بيع بثمن المثل، ولكن عليه دين مستغرق، أو احتاج إليه لنفقة سفره في ذهابه وإيابه، فلا يلزمه شراؤه.

وفي قدر ثمن المثل ثلاثة أوجه: أحدها: أنه أجرة نقل الماء، فيه تعرف الرغبة في الماء، وإن كان مملوكاً على الأصح^(٢). هذا أعدل الوجوه.

(١) قوله: فيه وجهان، يعني فيه رأيان لأصحاب الشافعي، قاموا بتخريجهما على ضوء القواعد التي رسمها لهم الإمام، أو ما أدى إليه اجتهادهم على ضوء قواعد مذهب الشافعي، وهي منسوبة إلى أصحابها؛ لأنه مؤدى اجتهاد أصحاب الوجوه. انظر: المجموع (١/٦٦، ٦٧).

(٢) الأصح عند الإمام الغزالي والمتقدمين هو الرأي الراجح، أي ما هو أكثر صحة من غيره. سواء كان هذا الرأي قولاً للشافعي أو وجهاً من وجوه الأصحاب، وحيث يطلق هذا المصطلح، =

وقيل: يعتبر بحال السلامة واتساع الماء. وقيل: تعتبر الحالة الراهنة وضرورتها.

السبب الثالث: إن احتاج إليه لعطشه في الوقت، أو لتوقع العطش في ثاني الحال، أو لعطش رفيقه في الوقت، أو لعطش حيوان محترم، فكل ذلك يبيح التيمم، وتوقع عطش الرفيق في المآل فيه نظر.

قال الشافعي، رضى الله عنه: ولو كان معه ماء فمات، ورفقاؤه يحتاجون إليه لعطشهم يعموه وشربوا الماء وصرفوا ثمنه إلى ورثته؛ لأن مثل الماء لا قيمة له في ذلك الموضع في غالب الأمر، فكان العدول إلى القيمة أولى.

فرع: إذا سَلَّمَ ماء إلى وكيله، وقال: سلمه إلى أولى الناس، فحضر جنب وحائض وميت، فالملت أولى؛ لأنه آخر عهده، والأحياء يتيممون، ومن عليه النجاسة أولى من الجنب والحائض، إذ لا بدل لإزالة النجاسة. وفيه مع الميت وجهان^(١)، والجنب مع الحائض يتساويان. وقيل: الحائض أولى؛ لأن حدثها أغلظ.

ولو اجتمع محدث وجنب، فالجنب أولى إلا أن يكون الماء على قدر الوضوء، فالصحيح أن المحدث أولى؛ لاكتفائه به، ولو انتهى هؤلاء إلى ماء مباح في سفر، فمن سبق إلى الماء فهو ملكه، وإن تساوا فهو في أيديهم. والمالك إن كان محدثاً أولى بماء ملكه من الجنب.

السبب الرابع: العجز بسبب الجهل.

وفيه أربع صور: إحداها: أن ينسى الماء في رحله بعد أن كان علمه، فتيمم وصلى قضى صلاته بخلاف لأبي حنيفة. وفيه قول قديم^(٢)، كما في نسيان الفتحة، وترتيب الوضوء ناسياً.

الثانية: إذا أدرج في رحله ماء ولم يشعر به، فطريقان: أحدهما: القطع بأن لا قضاء، إذ لا تقصير. والثاني: تخريجه على القولين كما في النسيان.

الثالثة: لو أضل الماء في رحله مع توهم وجوده، فإن لم يُعْنِ في الطلب لزمه القضاء، وإن أمعن حتى غلب ظنُّ الفقد، فقي القضاء قولان كالقولين فيمن أخطأ في

-يعنى أن القول أكثر رجحاناً وقوة، ويعنى أيضاً أن مقابله صحيح غير أن الأصح أقوى منه

(١) يعنى فيما اجتمع من عليه النجاسة والميت وجهان.

(٢) القديم هو ما قاله الشافعي قبل انتقاله إلى مصر، سواء كان رجع عنه أو لا، أما رأؤه التي قال بها في مصر، فيطلق عليها الجديد.

اجتهاده في القبلة.

الرابعة: لو أضلّ رحله في الرحال في جنح ليل لزمه القضاء إن لم يعن في الطلب، وإن أمعن فطريقان:

أحدهما: أنه يجب القضاء كما إذا أضل الماء في رحله. والثاني: القطع بأن لا قضاء؛ لأن الرجل أضبط للماء من المخيم للرحل، فلا تقصير.

فرع: لو رأى بثرًا بالقرب بعد التيمم، فهو كما إذا وجد الماء في رحله في صورة الجهل وصورة النسيان جميعًا.

السبب الخامس: المرض الذي يخاف من استعمال الماء معه فوت الروح، أو فوت عضو مبيح للتيمم^(١). وإن لم يخف عاقبته، ولكن يألّم به من برد أو حر أو جرح لم يحز التيمم.

وإن خاف منه مرضًا مخوفًا، فالصحيح أنه يباح التيمم، وإن لم يخف إلا شدة الضنى^(٢) وبطء البرد فوجهان، منشؤهما أن الضرر الظاهر هل يكفى؟ أم لابد من خوف فوات؟ والأصح: أن الضرر الظاهر يكفى؛ لأن هذا أشق من طلب ماء من فرسخ ونصف فرسخ، وذلك لا يجب، ولو خاف بقاء شين قبيح، فإن لم يكن على عضو ظاهر لم يتيمم، وإن كان فوجهان؛ لأنه ضرر ظاهر.

السبب السادس: إلقاء الجبيرة بانخلاع العضو، وهو كالمرض، فيجب غسل ما صح من الأعضاء، والمسح على الجبيرة بالماء.

(١) وفيه حديث عمرو بن العاص، قال: احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل، فأشفقت أن أغتسل فأهلك، ثم صليت بأصحابي الصبح، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «يا عمرو، صليت بأصحابك وأنت جنب»، فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال، وقلت: إني سمعت الله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، فضحك رسول الله ﷺ ولم يقل شيئًا. رواه أبو داود (٣٣٥)، والدارقطني (١/١٧٨)، والحاكم (١/١٧٧)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والذي عدى أنهما علاه حديث جرير بن حازم، عن يحيى بن أيوب، عن زيد بن أبي حبيب. أ.هـ.

وفيه أيضًا حديث عن ابن عباس أن رجلاً أجنب في شتاء، فسأل فأمر بالغسل فمات، وذكر للسبيح، فقال: «ما لهم قتلوه قتلهم الله، ثلاثًا، جعل الله الصعيد، أو التيمم، ظهورًا» أخرجه ابن خزيمة (١/١٣٨)، وابن حبان (٢٠١) وصححاه. وللحديث طرق أخرى.

(٢) الضنى: المرض الشديد، فيقال: ضنى يضنى من باب تعب مريض مرضًا ملازمًا حتى أشرف على الموت، فهو ضن بالنقص. انظر: المصباح النير (٢/١٠)، القاموس المحيط (٤/٣٥٧).

وهل ينزل المسح منزلة مسح الخف في تقدير مدته^(١) وسقوط الاستيعاب؟ وجهان:

أحدهما: نعم، قياساً عليه. والثاني: لا، بل يجب الاستيعاب^(٢)؛ لأنه منى على ضرورة، فإعنى فيه أقصى الإمكان، والتقدير لا يعرف إلا بتوقيف في المدة، ثم يتيمم مع الغسل والمسح على أظهر^(٣) الوجهين.

وقيل: إنه لا يتيمم، كما لا يتيمم مع المسح على الخف. وهل يمسح على الجبيرة بالتراب؟

فيه وجهان، أصحهما أنه لا يجب؛ لأن التراب ضعيف لا أثر له على ساتر.

وفى تقدير الغسل على التيمم ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب كما لو وجد ماء لا يكفي لتمام الطهارة. والثاني: لا حرج فيه، فإن التيمم للجراحة وهي قائمة، وثُمَّ لفقد الماء، فلا بد من إفناؤه أولاً.

والثالث: أنه لا ينتقل إلى عضو ما لم يتم تطهير العضو الأول، فلو كان الجراحة على يده، فيغسل وجهه ثم يديه، ويمسح على الجبيرة ثم يتيمم، ثم يمسح رأسه ويغسل رجليه.

السبب السابع: العجز بسبب جراحة، فإن لم يكن عليه لصوق، فلا يمسح على محل الجرح، وإن كان عليه لصوق، فيمسح على اللصوق كالجبيرة. وهل يلزمه إلقاء اللصوق عند إمكانه؟

فيه تردد للأصحاب. ويتقدم عليه التردد في وجوب لبس الخف على من وجد من الماء ما يكفي له مسح على الخف، ولا يكفي له غسل.

فرعان: أحدهما: أنه يجب إعادة التيمم عند كل صلاة، ولا يجب إعادة الغسل ولا إعادة مسح الجبيرة.

(١) تقدير المدة فيه حديث على، كرم الله وجهه، وغيره: «وهي ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوم وليلة للمقيم». انظر: مسند أحمد (٤/٢٤٠)، (٥/٢١٤)، والطبراني (١٢/٤٤)، والترمذي (٩٥).

(٢) سبق الكلام عن الاستيعاب في النظر الثاني في كيفية الغسل من الباب الرابع. والمقصود بإصال المسح في كل مكان من الجبيرة، خلافاً للحنفين، فالمسح عليهما لا يستوعبهما.

(٣) الأظهر: هو الوجه الذي يظهر رجحانه ويزيد في الظهور على الوجه الآخر، ومقابله الطاهر، والأظهر أشد منه في الرجحان.

الثاني: إذا توهّم الاندمال^(١) ففتح الجبيرة فإذا هو مندمل، فهو كترع الخف في غسل ذلك العضو، وتدارك سائر الأعضاء، وإن كان الجرح قائماً، فوجهان في إعادة التيمم: أحدهما: نعم، كما لو رأى سراًياً. الثاني: لا، إذ طلب الاندمال غير واجب، بخلاف طلب الماء.

* * *

الباب الثاني: في كيفية التيمم

وله سبعة أركان:

الركن الأول: نقل التراب الطهور إلى الوجه واليدين، فلو ضرب اليد على حجر صلد، ومسح وجهه لم يجز خلافاً لأبي حنيفة^(٢). ثم ليكن المنقول تراًياً، طاهراً، خالصاً، مطلقاً.

أما قولنا: تراب، فيندرج تحته الأعفر^(٣) والأسود^(٤) الذي يستعمل في الدواة،
(١) يقال: اندمل الجرح، أى تراجع إلى البرء. والاندمال: البرء والصلاح. انظر: القاموس المحيط (٣/٣٨٨)، المصباح المنير (١/٢١٤).

(٢) قال ابن رشد: اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرهما في وجوب توصيل التراب إلى أعضاء التيمم، فلم ير ذلك أبو حنيفة واجباً ولا مالك، ورأى ذلك الشافعي واجباً. وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف «من» في قوله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦]، وذلك أن «من» قد ترد للتبعض، وقد ترد لتمييز الجنس، فمن ذهب إلى أنها هاهنا للتبعض، أوجب نقل التراب إلى أعضاء التيمم، ومن رأى أنها لتمييز الجنس، قال: ليس النقل واجباً، والشافعي إنما رجع حملها على التبعض من جهة قياس التيمم على الوضوء، لكن يعارضه حديث عمار المتقدم، سيأتي في التحقيق ذكره؛ لأن فيه: «ثم تنفخ فيها»، وتيمم رسول الله ﷺ على الحائط. انتهى. انظر: بداية المجتهد (٢/٣٧).

أما حديث عمار، هو أن رجلاً جاء عمر بن الخطاب، فقال: إني أجنب فلم أصب الماء، فقال عمار بن ياسر لعمر بن الخطاب: أما تذكر أننا كنا في سفر أنا وأنت فلم تصل، وأما أنا فتمكنت فصليت فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «إنما يكفيك هذا»، فضرِب النبي ﷺ بكفيه الأرض ونفخ فيهما، ثم مسح بهما وجهه وكفيه. أخرجه بألفاظ متقاربة البخاري (ح ٣٣٨)، ومسلم (ح ١١٢/٣٦٨)، والترمذي (١/٢٦٨، ٢٦٩)، وقال: حسن صحيح. وأحمد (٤/٢٦٥)، وأبو داود (ح ٣٢٢).

(٣) الأعفر: هو لون أبيض، وهو في اللغة الأبيض الذي ليس بالشديد البياض، أو البياض الذي تلو بياضه حمرة. انظر: لسان العرب (ص ٣٠٠٨)، القاموس المحيط (٢/٩٥)، المصباح المسير (٢/٩٨).

(٤) في الأصل: وهو الأسود، وهو خطأ، وما أثبتناه موافق للمعنى.

والأصفر والأحمر، وهو الطين الأرمني، والأبيض وهو المأكول من التراب لا الحص، والسيخ وهو الذي لا يثبت، لا الذي يعلوه ملح. والملح ليس بتراب، والبطحاء وهو التراب اللين في مسيل الماء. وخرج الزرنيخ، والنورة، وسائر المعادن؛ لأنه لا يسمى تراباً^(١).

وقولنا: طاهر، يخرج منه أن التراب النجس لا يتيمم به، إذ الطهور ما يكون طاهراً في نفسه^(٢).

وقولنا: خالص، يخرج عليه التراب المشوب بالزعفران والدقيق، فلا يجوز التيمم به، فإن كان الزعفران مغلوباً لا يرى، فيجوز التيمم على وجه، كالزعفران اليسير في الماء. وعلى الثاني لا؛ لأن الماء بلطفاته يجري على مواضع الزعفران.

وقولنا: مطلق، يخرج عليه أن سحابة الخزف أصلها تراب، ولكن لا يسمى تراباً، فلا يتيمم به، وفي الطين المأكول إذا شوى ثم سحق وجهان؛ لأن الشيء فيه قريب.

واختلف نص الشافعي، رضى الله عنه، في الرمل. والأصح تنزيله على حالين، فإن كان عليه غبار حجاز، وإلا فلا.

وفي التراب المستعمل، وهو الذي التصق بوجه التيمم، وجهان. وجه التفريق بينه وبين الماء أن التراب لا يرفع الحدث.

(١) منشأ الخلاف في معنى الصعيد هو: قال ابن رشد: والسبب في اختلافهم شيان: أحدهما: اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب، فإنه مرة يطلق على التراب الخالص، ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة. السبب الثاني: إطلاق اسم الأرض في جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور، وتقييدها بالتراب في بعضها، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»، فإن في بعض رواياته هكذا كما سبق، وفي بعضها: «جعلت لي الأرض مسجداً وجعلت لي تربتها طهوراً».

وقد اختلف أهل الكلام الفقهي، هل يقضى بالمطلق على المقيد، أو بالمقيد على المطلق. انتهى بتصرف وحذف غير غل من بداية المصنف (٤٠/٢) كتاب التيمم. وفي لسان العرب. الصعيد المرتفع من الأرض، وقيل: الأرض المرتفعة من الأرض المنخفضة، وقيل: ما لم يخالطه رمل ولا سخة، وقيل: وجه الأرض؛ لقوله تعالى: «فتصبح صعيداً زلقاً»، أي أرضاً ملساء لا نبات فيها. أ. هـ. والبحث كما ترى لغوي وأصولي كما ذكر ابن رشد، وهو منشأ الخلاف.

(٢) يختلف الطاهر عن الطهور في أن الطهور طاهر في نفسه ومطهر لغيره كماء البحر، والمطر، والبحر، وقد سبق بيانه، أما الطاهر، فهو طاهر في نفسه غير مطهر لغيره، وهو في الأصل طهور تغير باختلاطه بطاهر غيره لونه أو طعمه أو رائحته.

الركن الثاني: القصد إلى الصعيد، ولو تعرض لمهب الرياح، ثم مسح وجهه لم يجز؛ لأن التيمم عبارة عن القصد إلى الصعيد.

وحكى صاحب التقريب^(١) فيه وجهاً آخر قياساً على الوضوء، ولو يَمَّمْه غيره بعير يذنه، فهو كالعرض للريح، وإن كان ياذنه وهو عاجز جاز، وإلا فوجهان.

الركن الثالث: النقل، فلو كان على وجهه تراب فردده عليه بالمسح لم يجز؛ إذ لا نقل، وإن نقل من سائر أعضائه إلى وجهه ويديه جاز، وإن نقل من يده إلى وجهه جاز؛ لوجود النقل، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز؛ لأن أعضاء التيمم في حكم عضو واحد، ولو مَعَّلَّ وجهه في التراب، فالصحيح جوازه؛ لوجود القصد والنقل، وإن لم يكن بواسطة اليد.

الركن الرابع: النية ولا بد منها:

وفيه مسألتان: إحداهما: إن نوى رفع الحدث، فلا يصح؛ لأن التيمم لا يرفع الحدث، ولذلك يجب الغسل على الجنب عند رؤيته الماء^(٢). وقال ابن سريج: يرفع الحدث في حق فريضة واحدة.

الثانية: إذا نوى استباحة الصلاة جاز، فإن نوى الاستباحة عن الحدث وهو جنب أو بالعكس لم يضر؛ لأنه غلط فيما يستغنى عن ذكره، ثم له أربع أحوال:

إحداهما: أن ينوى استباحة الصلاة مطلقاً، فالمذهب صحة تيممه للفرض والنفل جميعاً. وقيل: يقتصر على النفل، كالمصلي إذا نوى الصلاة، وهو بعيد.

الثانية: أن ينوى استباحة الفرض والنفل، فالصحيح جوازهما. وقيل: لا بد من تعيين الفرض المقصود، وهو بعيد.

الثالثة: إذا نوى الفرض كان له أن يؤدي به النفل بطريق التبعية على الأصح. نعم لو خرج وقت الفريضة، ففي التنفل بذلك التيمم وجهان؛ لقوات وقت المتبوع.

ولو تنفل قبل الفريضة، فقولان مشهوران، أصحهما الجواز، وهو نصه في الأم^(٣). ووجه المنع أن التابع لا يقدم.

(١) سبق ترجمته.

(٢) وفيه حديث أبي ذر مرفوعاً: «إذا وجد الماء فليمسسه بشرته، فإن ذلك خير». رواه أحمد (١٥٥/٥، ١٨٠)، والترمذي (١٢٤).

(٣) قال الشافعي، رحمه الله: وإن تيمم ينوي بالتيمم المكتوبة، فلا بأس أن يصلي قبلها نافلة. انظر: الأم (٤١/١).

الرابعة: إذا نوى النفل ولم يتعرض للفرض، فهل يصلى الفرض؟ فيه قولان مشهوران.

فإن قلنا: لا يؤدي الفرض، فهل يؤدي النفل؟ فوجهان، ووجه المنع أن النفل تابع، فلا يفرد وهو ضعيف، إذ حاجة المسافر تمس إلى التوافل مفردًا.

فرع: لو نوى استباحة فرضين فسدت نيته على وجه، وصح في حق فرض واحد على الوجه الثاني.

الركن الخامس: مسح الوجه ويجب فيه الاستيعاب، ولا يجب إيصال التراب إلى منابت الشعور وإن خفت؛ للعسر.

وقال أبو حنيفة: لو أغفل رُبع الوجه جاز.

الركن السادس: مسح اليدين إلى المرفقين. وقال مالك: إلى الكوعين، وهو قديم. ثم تخفيف التراب مستحب.

وطريق الاستيعاب مع التخفيف والاقتصار على ضربتين^(١) فإنه سنة أن يضرب ضربة لا يفرج فيها أصابعه، ويمسح وجهه ويستوعب، إذ سعة الوجه قريب من سعة الكفين، وفي الضربة الثانية يفرج أصابعه، ثم يلمص ظهر أصابع يده اليمنى ببطون أصابع يده اليسرى، بحيث لا يتجاوز أطراف الأنامل من إحدى اليدين عرض المسبحة من الأخرى،

(١) اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم، فمنهم من قال: واحدة، ومنهم من قال: اثنين، ومنهم من قال: ثلاث ضربات، ضربة للوجه، وضربة للكفين، وضربة للذراعين. وهو ضعيف إذا لا دليل عليه، واحتج أهل القول الثاني، وهم مالك والشافعي وأبو حنيفة، بحديث ابن عمر: «التيمم ضربتان، ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين». أخرجه الدارقطني (١٨٠/١)، والحاكم في المستدرک (١١٩/١)، وابن أبي حاتم في عمل الحديث (١٣٦)، وفي إسناده على بن ظبيان ضعفه. قال الحافظ: هو ضعيف، ضعفه القطان وابن معين وغير واحد.

قلت: قال الذهبي في المغنى: على بن ظبيان العيسى، عن ابن أبي خالد، قال أبو حاتم والنسائي: متروك. انتهى. وروى أيضًا من طرق أخرى عن ابن عمر، وجابر، وأبي أمامة، وعائشة، وقد تكلم فيها المحدثون بما حاصله إما الضعف أو الترك أو الشذوذ.

والذى صح هو ما فى البخارى وغيره عن عمار بالفاظ متقاربة: «إنما كان يكفيك أن تصرب بكفيك فى التراب»، وفى لفظ: «أن تصنع هكذا». أخرجه البخارى (٩٦/١)، وأبو داود (٣٢١)، ومسلم (١١٢)، والدارقطني (١٨٣/١) وغيرهم. انظر: نيل الأوطار (٢٦٣/١)، (٢٦٤).

ثم يمر يده اليسرى من حيث وضعها على ظاهر ساعده اليمنى، ثم يقلب بطن كفه اليسرى على بطن ساعده اليمنى ويمررها إلى الكوع، ويُجرى بطن إبهامه اليسرى على ظهر إبهامه اليمنى، ثم يفعل باليسرى كذلك، ثم يمسح كفيه، ويخلل بين أصابعه، فإن لم يحصل الاستيعاب زاد ضربة ثالثة، ولو فرج الأصابع في الضربة الأولى، قال القفال: لا يصح؛ لأن غبار الضربة الثانية لا يصل إلى تلك البشرة، وهو بعيد، فإنه تضيق للرحصة.

الركن السابع: الترتيب^(١) كما ذكرناه في الوضوء، وكذا حكم الموالاة.

* * *

الباب الثالث في أحكام التيمم

وهي ثلاثة:

الحكم الأول: أنه يبطل برؤية الماء قبل الشروع في الصلاة^(٢)، بل بظن الماء عند رؤية

(١) قال الشوكاني: قال المصنف بعد أن ساق الحديث: وفيه دليل على أن الترتيب في تيمم الجنب لا يجب. انتهى. وقال ابن رشد: وينبغي أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا، فلا معنى لإعادته. انتهى. انظر: نيل الأوطار (١/٢٦٥)، بداية المجتهد (٢/٣٧).

(٢) وهو مذهب مالك والشافعي وداود، وذهب أبو حنيفة وأحمد والمزني وغيرهم إلى أنها تنتقض في الصلاة، ومذهب الشافعي ومن وافقه أنه لا تبطل صلاة التيمم بعد الشروع فيها بتوهم الماء ولا ظنه؛ لعدم القطع به، وللشروع في المقصد، وأما إذا دخل في الصلاة بانتهاء تكبيرة الإحرام، ثم وجد الماء قبل خروجه منها، ففيه تفصيل، هو أن الصلاة إما أن يسقط فرضها بالتيمم أو لا، فإن لم يسقط قضاؤها بالتيمم، بأن كانت يمكن سدر فيه الماء بطل تيممه، وصلاته على المشهور؛ لعدم الفائدة في الاستمرار مع لزوم الإعادة. والثاني: لا تبطل؛ محافظة على حرمتها ويعيدها.

وقال أبو حنيفة: تبطل برؤيته، وبه قال المزني، وأبو العباس بن سريج، والمزني سوى بين صلاة الفرض والعيدين في بطلانتهما برؤية الماء، وأبو حنيفة فرق بينهما، فأبطل برؤية الماء صلاة الفرض دون صلاة النفل والعيدين، وفرق أيضاً بين رؤية الماء المطلق وسؤر الحمار، واستدلوا على بطلان الصلاة برؤية الماء، وأنه كالحديث فيها بقوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾، فلم يجعل الله للتيمم حكماً مع وجود الماء، ويقولون ﷺ لأبي ذر: «فإذا وجدت الماء، فأمسسه جلدك»، ولم يفرق بين حال وحال، أي حال الصلاة وغيرها.

قالوا: ولأن كل ما أبطل التيمم قبل الصلاة أبطله في الصلاة، كالحديث، ولأنها طهارة ضرورة، فلزم أن يرتفع حكمها بزوال الضرورة، كالمستحاضة إذا ارتفعت استحاضتها، ولأنه مسح قام مقام غيره، فوجب أن يبطل بظهور أصله، كالمسح على الخفين أداؤها بالعنبر على صفة، كان زوال ذلك العذر مانعاً من إجزائها على تلك الصفة، كالمريض إذا صح، والأمي إذا تعلم =

السراب، أو طلوع الركب؛ لأنه يجب الطلب، وتقديم الطلب شرط التيمم، بخلاف ما إذا ظن المتيمم العارى ثوباً، فلم يكن، لا يبطل تيممه؛ لأن طلبه ليس من شرط التيمم.

أما بعد الشروع، فلا تبطل الصلاة خلافاً لأبي حنيفة والمزني. وفيه وجه آخر يخرج من وجهين ذكرهما ابن سريج في المستحاضة إذا انقطع دمها في أثناء الصلاة، وظاهر المذهب الفرق؛ لأن حَدَّثَ المستحاضة يتحدد ولا بدل له.

فإذا قلنا: لا تبطل صلاته، ففيه أربعة أوجه:

أحدهما: أن الأولى أن يقلب فرضه نقلاً حتى يتدارك فضيلة الوضوء. والثاني: أن الأولى أن يتم الصلاة. والثالث: أن الأولى أن يخرج من الصلاة حتى لا يكون مصلياً مع وجود الماء. والرابع: أنه ليس له أن يخرج، ولا أن يقلب نقلاً، بل يلزمه الاستمرار، وهذا بعيد؛ إذ الوقت إذا كان متسعاً، فالشروع ليس بملزم إذا لم يكن خلل، فكيف إذا كان. ولذلك نص الشافعي، رضى الله عنه، أن المنفرد إذا أدرك جماعة يقطع الصلاة، فكيف يقطع الفرض لأجل الفضيلة لولا جوازه، وكذا المسافر يصبح صائماً، فله أن يفطر، ولا يلزمه بالشروع.

وهذا القائل يقول: المتنفل إذا رأى الماء تبطل صلاته، فإنه لا مانع من الخروج. والصحيح أنه يتم كما في الفرض، نعم لو كان نوى أربعاً، فهل يلزمه الاقتصاد على أقل صلاة؟ أو كان نوى ركعتين، فهل يمتنع أن يزيد فيجعلها أربعاً؟ فعلى وجهين

=الفاتحة، والعريان إذا وجد ثوباً.

واستدل المزني بدليلين: أحدهما: أن التيمم في الطهارة بدل من الماء عند فقد، كما أن الشهور في العدة بدل عن الأقراء عند فقد الحيض، فلما كانت المعتدة بالأشهر إذا رأت حيض، لزمها الانتقال إلى الأقراء، وجب إذا رأى المتيمم الماء في الصلاة أن ينتقل إلى استعمال الماء. وثانيهما: أن رؤية الماء حدث استشهاداً بأن رجلين لو تيمم أحدهما وتوضأ الآخر، ثم أحدث المتوضئ ووجد المتيمم الماء، كان طهرهما متقضاً، واستعمال الماء لازماً لهما، وإذا كان الشاهد عليه حدثاً، كان حكمه في الصلاة وقبلها سواء. انتهى. وهذه الأدلة أجيب عنها بما ليس بها موضعه، فليراجع كتاب التيمم للشيخ جاد الرب (ص ٣٠١ - ٣١٩).

ومشأ الخلاف وأصله في هذه المسألة، هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التي كانت بالتراب، أو يرفع ابتداء الطهارة به؟ فمن رأى أنه إنما يرفع ابتداء الطهارة به، قال: لا ينقضها إلا الحدث، ومن رأى أنه إنما يرفع استصحاب الطهارة، قال: إنه ينقضها، فإن حَدَّ الساقص هو الرفع للاستصحاب. انظر: بداية المجهت (٤٢/٢)، المبسوط (١١٠/١)، فتح القدير (٩٢/١)، (٩٣).

الحكم الثاني: فيما يؤدي بالتيمم: وفيه أصلاً للشافعي، رضى الله عنه:

الأول: أنه لا يجمع بين فرضين تيمم واحد؛ لأنه طهارة ضرورة، نعم يجمع بين النوافل، وبين فرض ونوافل؛ لأن النوافل تابعة، وهى فى حكم جنس واحد قطعت بتسليمات، أو جمعت تحت تحريم واحدة.

وعليه أربعة فروع: الأول: الجمع بين مندورة وفريضة، أو مندورتين يُخرَج على أنه يسلك بالمندورة مسلك واجب الشرع حتى لا يجوز القعود فيه مع القدرة، أو مسلك جائزه؟ وفيه قولان.

الثاني: نُصَّ على الجمع بين فريضة وصلاة جنازة، أو بين صلاتي جنازة، ونص على منع القعود فيها مع القدرة. فقيل: فيه قولان بالنقل والتخريج، منشوهُما أنهما تلحق بالفرائض أو النوافل، وقيل: إذا تعين عليه لم يجمع.

ومنهم من قرر النصين، وقال: هى فى حكم نافلة، ولكن القيام أعظم أركانها، والقعود يغير صورتها، فلا يحتمل مع القدرة.

الثالث: أن لا يجمع بين ركعتي الطواف وصلاة أخرى، إن قلنا: إنهما فريضتان على قول. وهل يجمع بينهما وبين الطواف من حيث أنه كالجُزء التابع له؟ فعلى وجهين.

الرابع: من نسى صلاة من خمس صلوات مبهمه، فعليه خمس صلوات. قال الخضرى: يتيمم لكل صلاة. والصحيح أنه يكفي تيمم واحد؛ لأن المقصود بالوجوب واحد، فعلى هذا لو نسى صلاتين من يوم وليلة، فإن شاء تيمم خمساً، واقتصر على خمس صلوات، وهو رأى صاحب التلخيص^(٢).

وإن شاء اقتصر على تيممين يؤدي بأولهما الأربعة الأولى من الخمسة باعتبار أنها الصبح، والظهر، والعصر، والمغرب، ثم يتيمم ويصلى الأربعة الأخيرة، وهى الظهر، والعصر، والمغرب، والعتمة^(٣)، فيكون متفضيلاً عن العهدة بيقين، فلو أدى بالتيمم الأول

(١) انظر: فتح العزيز (٣٣٩/٢)، الروضة (١١٦/١).

(٢) هو كتاب قيم لإمام عصره أحمد بن أبى أحمد القاص المتوفى سنة (٣٣٥هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٥٩/٣).

(٣) كان العرب يطلقون على المغرب العشاء، والعتمه على العشاء، فأتى الإسلام فسمى المغرب باسمه، وغير اسم العتمه إلى العشاء، بعدما نهى النبي ﷺ عن تسمية المغرب بالعشاء، فقال:-

الأربعة الأخيرة لم يجز؛ لاحتمال أن الفائتة ظهر وعشاء، والعشاء في النوبة الأولى لم تصادف إلا تيمماً مستعملاً، وفي النوبة الثانية ما صلى العشاء.

الأصل الثاني: أنه لا يتيمم لصلاة قبل دخول وقتها، خلافاً لأبي حنيفة؛ لقوله ﷺ: «أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت»^(١)، وإنما تدرك صلاة الحسوف بالخسوف، وصلاة الاستسقاء ببروز الناس إلى الصحراء، وصلاة الميت بغسل الميت، والفائتة بتذكرها.

وفي النوافل الرواتب وجهان:

أحدهما: أنه لا يتأقت تسميها؛ لأن التأقت فيها غير مقصود، بل هي تابعة.

فروع ثلاثة: أولها: لو تيمم لفائتة ضحوة النهار فلم يؤدها، فأراد أن يؤدي الظهر بعد الزوال جاز عند أبي الحداد^(٢)؛ لأن التيمم لم يكن مستغنى عنه في وقت فعله، بخلاف

= ولا تغلبكم الأعراب على اسم صلاتكم المغرب، قال: والأعراب تقول: هي العشاء». أخرجه أحمد في مسنده (١٠/٢، ١٩)، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٧٢/١)، ومجمع الزوائد (٣١٤/١)، والمسند لأبي عوانة (٣٦٩/١)، ومصنف عبد الرزاق (٢١٥٥)، وورد اسم العتمة على العشاء من حديث جابر بن سمرة، قال: «وكان يؤخر العتمة بعد صلاتكم شيئاً» رواه مسلم (ح ٢٢٧/٦٤٣) كتاب المساجد.

هذا وقد ورد النهي من رسول الله ﷺ عن تسمية العشاء بالعتمة في غير حديث، منها ما رواه مسلم أيضاً (ح ٢٢٨/٦٤٤) عن ابن عمر مرفوعاً: «لا تغلبكم الأعراب على اسم صلاتكم، ألا إنها العشاء، وهم يعمنون بالإبل». ورواه ابن ماجه (٧٠٤، ٧٠٥)، والنسائي (٢٧٠/١)، وعن ابن عمر أيضاً بلفظ: «لا تغلبكم الأعراب على اسم صلاتكم العشاء، فإنها في كتاب الله العشاء، وإنها تعتم بحلاب الإبل». رواه مسلم (ح ٢٢٩/٦٤٤)، وأبو داود (٤٩٨٤)، والإمام أحمد (١٠/٢، ١٩)، وبدائع المنن للساعاتي (٣٥٢/٣)، وفتح الباري (٤٣/٢، ٤٤). قال ابن حجر: ولا يعد أن ذلك كان جائزاً، فلما كثر إطلاقهم له نهوا عنه، لئلا تغلب السنة الجاهلية على السنة الإسلامية. انتهى.

(١) الحديث رواه ابن حجر في فتح الباري (٤٣٨/١).

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر، الإمام الجليل، أبو بكر الحداد المصري، ولد سنة (٢٦٤هـ)، أخذ الفقه عن أبي سعيد محمد بن عقيل، وابن الضريير وغيرهما، وحالس أبا إسحاق المروزي لما ورد مصر. دخل بغداد سنة (٣١٠هـ) فاجتمع به ابن جرير الطبري وأخذ عنه، وبالصيرفي، وبالإصطخري، وسمع عن النسائي وغيره، من مؤلفاته الفروع المولدة، وأدب القضاء. توفي سنة (٣٤٥هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣/٧٩، ٩٨)، شذرات الذهب (٢/٣٦٧).

ما إذا نوى به استباحة الظهر قبل الزوال. وقال أبو زيد^(١): لا يجوز؛ لتقدمه على وقته.

الثاني: لو تيمم للظهر في وقته، ثم تذكر فائتة فأراد أدائها، جاز على الأصح. ومهم من خرج على الوجهين؛ لأن وقت الفائتة بالتذكر.

الثالث: لو تيمم للنافلة ضحوة، فأراد أن يؤدي الظهر بعد الزوال به إذا قلنا: يجوز أداء العرض يمثل هذا التيمم، ففيه من الخلاف ما في الفائتة، وأولى بالمنع؛ لأن هذا التيمم لم يستعقب إباحة فرض مقصود.

الحكم الثالث: فيما يقضى من الصلوات المؤداة على نوع من الخلل.

والضابط فيه إن كان بسبب عذر إذا وقع دام، فلا قضاء فيه كصلاة من به سلس البول، والمستحاضة، وصلاة المريض قاعداً أو مضطجعا، وصلاة المسافر بتيممه.

وإن لم يكن العذر دائماً نظراً، فإن لم يكن عنه بدل وجب القضاء، كمن لم يجد ماءً ولا تراباً، فصلى على حسب حاله، أو المربوط على خشبة إذا صلى بالإيماء، أو من على جرحه، أو مقعده، أو عضده أو محجمه نجاسة، إذ لا بدل لإزالة للنجاسة.

ويستثنى عن هذا، الصلاة في حال المسابقة، إذ لا قضاء فيها، رخصة بنص القرآن^(٢).

فأما إذا كان لها بدل، كتيمم المقيم في الحضر، أو التيمم لإلقاء الجبيرة، أو تيمم المسافر بعذر البرد، ففيه قولان.

وروى أن علياً، رضي الله عنه، انكسر زنده^(٣)، فألقى الجبيرة عليه، وكان يمسخ عليها ولم يأمره رسول الله ﷺ بقضاء الصلاة^(٤).

(١) هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد أبو زيد المروزي، الإمام البارع، المدقق، الزاهد، العابد، كان أحد أئمة المسلمين، ومن أحفظ الناس للمذهب الشافعي وأحسنهم نظراً، وأزهدهم في الدنيا. ولد سنة (٣٠١هـ)، وتوفي سنة (٣٧١هـ) بمرو. انظر: تاريخ بغداد (١/٣١٤)، شذرات الذهب (٧٦/٣).

(٢) وذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرَجُلًا أَوْ رَكبانًا﴾ [البقرة: ٣٩].

(٣) الزند بفتح الزاي وسكون النون، هو موصول طرف الذراع في الكف.

والجبيرة هي الخشبة التي تسوى فتوضع على موضع الكسر وتشد عليه حتى ينحبر على استوائها. قال الماوردي: الجبيرة ما كان على الكسر واللصوق، بفتح اللام، ما كان على قرح. انظر: القاموس المحيط (١/٣٠٨، ٣٩٩)، المصباح المنير (١/٩٧، ٢٧٥)، المجموع (٢/٣٢٤).

(٤) حديث علي، كرم الله وجهه، قال: انكسرت إحدى زندي، فسألت النبي ﷺ، فأمرني أن-

وتوقف الشافعى فى صحة هذا الحديث^(١)، ولعلّ أولى القولين بسقوط القضاء، وقد قال المزنى: كل صلاة وجبت فى الوقت، فلا قضاء لها.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله تعالى^(٢): كل صلاة تقتصر إلى القضاء، فلا تؤدى فى الوقت، وهما قولان معزيان إلى الشافعى، رضى الله عنه.

فرع: العارى إذا صلى إن كان ممن لا يعتاد الستر، فلا قضاء عليه، وإن كان ممن

«أسمح على الجبائر. وفى لفظ: الجبيرة. رواه فى سننه ابن ماجه (٦٥٧)، وعد الرزق فى مصنفه (٦٢٣)، والدارقطنى فى سننه (٢٢٧/١)، والمتقى الهندى فى كنز العمال (٢٧٦٩٧)، والعقلى فى الضعفاء (٣٦٩/٣)، والحديث فى سننه عمرو بن خالد الواسطى. قال الذهبى فى المغنى: عمرو بن خالد القرشى الواسطى، عن زيد بن على، عن آبائه، كذب أحمد والدارقطنى. وقال وكيع: كان فى حوارنا يضع الحديث، ثم تحول إلى واسط. انظر: المغنى فى الضعفاء (١٤٣/٢)، الميزان (٢٥٧/٣)، تقريب التهذيب (٦٩/٢)، تهذيب التهذيب (٢٦/٨).

(١) قال فى المختصر: وإن صح حديث على، رضى الله عنه، الذى قلت به، وهذا مما أستخير الله فيه. انظر: الأم (٣٨/١)، المختصر (٣٥/١).

(٢) ذهب أبو حنيفة إلى أن الصلاة إذا احتاجت إلى القضاء، فلا تؤدى فى الوقت، ويظهر أثر كلامه فى فائد الطهورين، حيث قال: إنه لا يصلى فى الحال، بل يؤخره إلى وجود الماء أو التراب، فإن لم يجدهما فى الوقت، فلا يصلى، بل يقضيها عند وجود أحدهما، وإلى هذا ذهب الشافعى فى القديم. وخالف الإمام فى هذا صاحبه، حيث قال: إنه يتشبه بالمصلين وجوباً، ثم يعيدها. قال صاحب الدر المختار: وبه يفتى وإليه صح رجوعه.

قلت: وفى المسألة حديث عائشة، رضى الله عنها، أنها استعارت من أسماء قلادة فهلكت، فبعث رسول الله ﷺ رجالاً فى طلبها فوجدوها، فأدركتهم الصلاة وليس معهم ماء، فصلوا بغير وضوء، فلما أتوا رسول الله ﷺ شكوا ذلك إليه، فأنزل الله عز وجل آية التيمم. رواه الجماعة إلا الترمذى.

فلو كانت الصلاة ممنوعة لفقد الطهورين لأنكر عليهم ﷺ، وبه قال الشافعى وأحمد وجمهور المحدثين وأكثر أصحاب مالك، لكن اختلفوا فى وجوب الإعادة، فالنصوص عن الشافعى وجوبها، وصححه أكثر أصحابه، واحتجوا بأنه عذر نادر، فلم يسقط الإعادة، وأحمد والمزنى وغيرهم قالوا: لا تجب، واحتجوا بالحديث السابق، ومالك وأبو حنيفة قالوا: لا يصلى كما سبق بيانه.

لكن أبا حنيفة وأصحابه قالوا: يجب عليه القضاء، وبه قال الثورى والأوزاعى وقال مالك فيما حكاه عنه الدينون: لا يجب عليه القضاء. وقال الثورى فى شرح المذهب عن القديم: تستحب الصلاة وتجب الإعادة. انظر: المبسوط (١٢٣/١)، حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٢٥٢/٢، ٢٥٣)، المجموع (٢٧٨/٢)، نيل الأوطار (٢٦٧/١).

يعتاده ولكن عجز، فقضاؤه يبنى على أنه يتمم الركوع والسجود أم لا؟ وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ حذرًا من كشف السواتين. والثاني: نعم؛ حذرًا من ترك السجود. والثالث: يتخير بينهما.

وكذا الأوجه في المحبوس في موضع نجس إن سجد سجد على النجاسة، وكذا من ليس معه إلا إزار نجس، وهو بين أن يصلي عاريًا أو بنجسًا، فإن قلنا: لا يتم السجود، فالأصح أنه لا يقضى. وبه قطع صاحب التقريب على الإطلاق، وعلل بأن وجوب الستر لا يختص بالصلاة.

* * *

باب المسح على الخفين^(١)

وهو رخصة^(٢) لم ينكرها إلا الروافض^(٣) الذين أثبتوا المسح على الرجل. ودليله قول

(١) المسح في اللغة، إمرار اليد على الشيء. تقول: مسحت الشيء بالماء مسحًا، إذا أمررت اليد عليه.

والمسح على الخفين شرعًا، إصابة البلة للخف الشرعى على وجه مخصوص. والخف في اللغة، هو مجمع فرس البعير، والفرس للبعير كالحافر للفرس، وقد يكون للنعام، سووا بينهما للتشابه، وجمعه أخفاف، كقفلي وأقفال، والخف أيضًا واحد الخفاف، وجمعه خفاف، ككتاب للفرق بينه وبين ما للبعير، وفي اللسان أنه يجمع على خفاف وأخفاف أيضًا، ويقال: تخفف الرجل، إذا لبس الخف في رجله، وخف الإنسان ما أصاب الأرض من باطن قدميه، والخف أيضًا القطعة الغليظة من الأرض. وشرعًا الساتر للقدمين إلى الكعبين من كل رجل من جلد ونحوه، المستوفى للشروط.

وعبر الروى بالخف، وعبر شيخ الإسلام بالخفين، وقال: هو أولى من تعبيره بالخف، وقيل العكس. والخف نعل من آدم يغطي الكعبين. والجرموق أكبر منه يلبس فوقه، والجورب أكبر من الجرموق. وللمسح على الخفين شروط وصفات، وفي وقته اختلاف، وسيأتي بسط ذلك إن شاء الله. انظر: نيل الأوطار (١/١٧٨)، المغنى (١/٢٦٨)، المحلى (١/٩٢)، بدائع الصنائع (١/٩٩)، المدونة (١/٤١)، لسان العرب (٦/٤١٩٦).

(٢) الرخصة في اللغة التسهيل في الأمر والتيسير، ويقال: رخص الشرع لنا في كذا ترخيصًا، وأرخص إرخاصًا، إذا يسره وسهله. واصطلاحًا ما شرعه الله تعالى من الأحكام بناء على أعذار العباد، لولا العذر لثبت الحكم الأصلي. ولها عند الأصوليين سببان: ١ - الضرورة. =

٢- رفع الحرج والضيق عن المكلفين.

وأبوها أربعة: ١ - واجبة، وذلك في حالة الحفاظ على إحدى الكليات الخمس. ٢ - مندوبة، وذلك كالمقصر للمسافر والجمع للمقيم في بعض حالاته. ٣ - مباحة، كبيع السلم. ٤ - خلاف الأول، كفطر المسافر في رمضان؛ لقوله: ﴿وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾، وهذا هو تقسيم الشافعية ومن وافقهم، وللأحناف تقسيم آخر، وإنما ذكرت هذا لموافقته مذهب المصنف هنا.

أما دليل مشروعية هذه الرخصة مع ما سيذكره المصنف، ففي صحيح مسلم كتاب الطهارة (ح ٧٢/٢٧٢) عن إبراهيم، عن همام، قال: قال جرير ثم توشاً ومسح على خفيه، فقل: تفعل هذا؟ فقال: نعم، رأيت رسول الله ﷺ قال ثم توشاً ومسح على خفيه. قال الأعمش: قال إبراهيم: كان يعجبهم هذا الحديث؛ لأن إسلام جرير كان بعد نزول المائدة.

وفيه أيضاً (ح ٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٢٧٣، ٢٧٤) وصحيح البخاري كتاب الصلاة (ب ٢٥) (ح ٣٨٧، ٣٨٨). قال الترمذي: هذا حديث مفسر؛ لأن بعض من أنكر المسح على الخفين تأول مسح النبي ﷺ على الخفين أنه كان قبل نزول آية الوضوء التي في المائدة، فيكون منسوخاً.

قال الشوكاني: والحديث يدل على مشروعية المسح على الخفين، وقد نقل ابن المنذر، عن ابن المبارك، قال: ليس في المسح على الخفين عن الصحابة اختلاف؛ لأن كل من روى عنه منهم إنكاره، فقد روى عنه إثباته. وقال ابن عبد البر: لا أعلم من روى عن أحد من فقهاء السلف إنكاره إلا عن مالك مع أن الروايات الصحيحة مصرحة بإثباته.

وقد أشار الشافعي في الأم إلى إنكار ذلك على المالكية، والمعروف المستقر عندهم الآن قولان الجواز مطلقاً، ثانيهما للمسافر دون المقيم. وعن ابن نافع في المبسوط أن مالكا إنما كان يتوقف فيه في خاصة نفسه مع إفتائه بالجواز. قال الحافظ في الفتح: وقد صرح جمع من الحفاظ بأن المسح على الخفين متواتر، وجمع بعضهم رواه فحازوا الثمانين منهم العشرة.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار: روى عن النبي ﷺ المسح على الخفين نحو أربعين من الصحابة. وذكر أبو القاسم ابن منده أسماء من رواه في تذكروته، فكانوا ثمانين صحابياً. وذكر الترمذي والبيهقي في سننهما منهم جماعة. أما ما روى عن عائشة وابن عباس وأبي هريرة من إنكار المسح، فقال ابن عبد البر: لا يثبت. قال أحمد: لا يصح حديث أبي هريرة في إنكار المسح، وهو باطل.

وقد روى الدارقطني، عن عائشة القول بالمسح، وما أخرجه ابن أبي شيبة، عن علي أنه قال. سلق الكتاب الخفين. فهو منقطع. وقد روى عنه مسلم والنسائي القول به بعد موت النبي ﷺ. وما روى عن عائشة أنها قالت: لأن أقطع رجلي أحب إلى من أن أمسح عليهما. ففيه محمد بن مهاجر. قال ابن حبان: كان يضع الحديث. قلت: قال الذهبي: محمد بن مهاجر البغدادي الدجال، عن أبي معاوية، كذبه صالح بن محمد جزرة. انظر: المعنى (٣٧٨/٢)، علل (٤٦٤/٢). انتهى.

صفوان بن عسان المرادي^(١): أمرنا رسول الله ﷺ إذا كنا مسافرين، أو سفراً، أن لا نزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن^(٢).

والنظر في شرط المسح، وكيفيته، وحكمه

الأول في الشرط: وله شرطان:

الأول: أن يلبس الخف على طهارة تامة قوية^(٣). احتزنا به التامة، عما إذا غسل رجله اليمنى وأدخلها الخف قبل غسل الثانية، فلا يعتد بهذا اللبس، وكذلك إذا لبس

قال ابن المنذر: اختلف العلماء أيهما أفضل، المسح على الخفين أو نزعهما وغسل القدمين، والذي أختاره أن المسح أفضل لأجل من طعن فيه من أهل البدع من الخوارج والروافض. قال: وإحياء ما طعن فيه المخالفون من السنن أفضل من تركه. انتهى بتصرف. انظر: نيل الأوطار (١٧٨/١ وما بعدها)، شرح التلويح (٢٦٥/٢)، المحرر (٨٥/١)، المداخل الأصولية، مدخل كيفية الاستنباط.

(٣) الروافض هم فرقة من الشيعة بايعوا زيد بن علي، ثم قالوا له: تبرأ من الشيعين، فأبى. وأصل الشيعة هم الذين شايعوا علياً، كرم الله وجهه ورضى عنه، على الخصوص، وقالوا بإمامته وخلافته نصاً ووصية، واعتقدوا أن الإمامة لا تخرج عن أولاده، وإن خرجت فبظلم يكون من غيره أو بتقية من عنده. انظر: الملل والنحل للشهرستاني بهامش الفصل (١٥١/١، ٢/٢)، القاموس المحيط (٣٤٤/٢) مادة رقص.

(١) هو صفوان بن عسال، بفتح العين وتشديد السين، المرادي، من بني مراد، صحابي مشهور، غز مع الرسول ﷺ اثنتي عشرة غزوة، وروى عن النبي ﷺ أحاديث، وروى عنه ابن مسعود وغيره. انظر: الإصابة (٤٣٦/٣).

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٩/١)، والبخاري في شرح السنة، والترمذي مع التحفة (٣١٨/١)، والنسائي في سننه (٧١/١)، ومسنند الشافعي (ص ١٨) عن أبي بكر، وروى بألفاظ متقاربة عن علي، كرم الله وجهه. انظر: صحيح مسلم كتاب الطهارة (ح ٨٥، ٢٧٦)، مسند أحمد (٩٦/١). قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال البحاري: هو أحسن شيء في هذا الباب.

(٣) وفيه أحاديث، منها حديث متفق عليه، ولفظ مسلم في صحيحه كتاب الطهارة (ح ٧٩، ٢٧٤/٨٠) عن عروة بن المغيرة، عن أبيه... الحديث إلى... ثم أهويت لأنزع خفيه، فقال. «دعهما، فإنني أدخلتهما طاهرتين» ومسح عليهما. والثاني عن عروة أيضاً، عن أبيه، أنه وضأ السبي ﷺ، فتوضأ ومسح على خفيه، فقال له، فقال: «إنني أدخلتهما طاهرتين». وأخرجه أحمد (٣٥٨/٢)، والدارقطني (١٩٤/١)، والطبراني (٣٨٠/٢)، وفتح الباري (٣٠٩/١).

قبل الغسل، ثم صب الماء في الخف لم يجوز؛ لأن كل ما شرط الطهارة فيه شرط تقديمها بكمالها عليه.

واحترزنا به القوة عن طهارة المستحاضة؛ لأنها لو توضأت ولبست ولم تصل بهذا الوضوء، ثم أحدثت فأرادت أن تمسح لتصلى بها فريضة واحدة ونوافل، كما كانت تصلى بوضوئها، لم يجوز ذلك على أحد الوجهين؛ لضعف طهارتها.

وعلى الوجه الثاني يصح في حق صلاة واحدة كما في الوضوء، ولا زيادة على صلاة واحدة بالإجماع^(١)، حتى لو توضأت وصلت فريضة واحدة ثم لبست لم تنفع بهذا اللبس في حق الفرائض. والجريح إذا تيمم وغسل الصحيح، فطهارته كطهارة المستحاضة في بناء اللبس عليه.

الشرط الثاني: أن يكون الملبوس ساتراً، قوياً، مانعاً للماء من النفوذ، حلالاً. فهذه أربعة قيود:

المراد بالأول: أن الخف ينبغي أن يكون ساتراً إلى ما فوق الكعبين، فلو تحرق وبدا جزء من محل الفرض لم يجوز المسح عليه، خلافاً لمالك^(٢)، فإنه جوز، وهو قول قديم.

(١) أي أن العلماء أجمعوا على أن المستحاضة لا تصلى بوضوئها أكثر من فرض واحد. انظر: المغنى لابن قدامة (٣١١/١)، فتح العزيز (٣٦٨/٢).

(٢) ذهب مالك إلى جواز المسح على خف فيه حرق دون ثلث القدم، أما إذا كان الحرق قدر ثلثه أو أكثر، فلا يجوز المسح عليه، حيث يبطل بهذا القدر. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: هذه المسألة فيها قولان مشهوران للعلماء، فمذهب مالك وأبي حنيفة وابن المبارك وغيرهم أنه يجوز المسح على ما فيه حرق يسير، مع اختلافهم في حد ذلك، واختار هذا بعض أصحاب أحمد، ومذهب الشافعي وأحمد وغيرهما أنه لا يجوز المسح إلا على ما يستر جميع محل الغسل. قالوا: لأنه إذا ظهر بعض القدم كان فرض ما ظهر الغسل وفرض ما يكن المسح، فيزعم أن يجمع بين الغسل والمسح، أي بين الأصل والبدل، وهذا لا يجوز؛ لأنه إما أن يغسل القدمين وإما أن يمسح على الخفين، والقول الأول أصح.

وهو قياس أصول أحمد ونصوصه في العفو عن يسير العورة وعن يسير السحاسة وبحر ذلك، بأن السنة وردت بالمسح على الخفين مطلقاً قولاً وفعلاً، ثم قال، رحمه الله، بعد سرد الأدلة ومعلوم أن الخفاف في العادة لا يخلو كثير منها عن فتق أو حرق، لاسيما مع تقدم عهدها، وكان كثير من الصحابة فقراء لم يكن يمكنهم تجديد ذلك، ولما مثل النبي ﷺ عن الصلاة في الثوب الواحد، فقال: «أولكلكم ثوبان»، وهذا كما أن ثيابهم كان يكثر فيها الفتق والحرق حتى يحتاج لترقيع، فكذلك الخفاف.

والعادة في الفتق اليسير في الخف أنه لا يرقع، وإنما الترقيع للكثير، وكان أحدهم يصلى في

والملبوس المشف كالزحاجة مثلاً، يجوز المسح عليه، والملبوس المشقوق القدم الذي يشد محل الشق منه بشرج فيه تردد، والصحيح جواز المسح؛ لمسيس الحاجة إليه في العادة.

وأما الثاني: فالمراد به أن يقوى، بحيث يتأتى التردد عليه في المنازل على الخواثج، وإن كان لا يدوم المشي عليه، فلا يجوز المسح على الجورب، ولا على اللفاف، ولا جورب الصوفية، ويجوز المسح على خف من حديد، وإن عسر المشي فيه ليس لضعف اللابس.

والمراد بكونه مانعاً للماء احترازاً عن المنسوج، فإنه وإن كان قوياً ساتراً، فينفذ الماء إلى القدم، وفيه وجهان، والصحيح جواز المسح عليه؛ لوجود السترة، كما إذا انثقلت ظاهرة الخف وبطائته في موضعين غير متوازيين.

والمراد بكونه حلالاً للمسح على الخف المغصوب، فإنه ممنوع على أحسن الوجهين؛ لأنه مأمور بالنزع، والمسح إعانة على الاستدامة.

وقيل: إنه يبيح كالتوضوء بالماء المغصوب، فإنه يرفع الحدث.

فرع: الجرموق الضعيف فوق الخف لا يمسح عليه وإن كان قوياً والخف ضعيف فهو الخف، والآخر لفاف، فيجوز المسح عليه، وإن كانا قوين لم يجز المسح على الجرموق في القول الجديد؛ لأنه يعد أن يجعل بدلاً على البدل، والحاجة لا تمس إليه إلا نادراً،

= الثوب الضيق، حتى أنهم كانوا إذا سجدوا تقلص الثوب، فظهر بعض العورة، وكان النساء نهين عن أن يعرفن رءوسهن حتى يرفع الرجال رءوسهم؛ فلا يرين عورات الرجال من ضيق الإزار، مع أن ستر العورة واجبة في الصلاة، وخارج الصلاة بخلاف ستر الرجلين بالخف. فلما أطلق الرسول الأمر بالمسح على الخفاف، مع علمه بما هي عليه في العادة، ولم يشترط أن تكون سليمة من العيوب، وجب حمل أمره على الإطلاق، ولم يجز أن يقيد كلامه إلا بدليل شرعي، وكان مقتضى لفظه أن كل خف يلبسه ويمشون فيه، فلهم أن يمسحوا عليه، وإن كان مفتوقاً أو مخروفاً، من غير تحديد لمقدار ذلك، فإن التحديد لا بد له من دليل.

وأبو حنيفة يحده بالربع، كما يُخذ مثل ذلك في مواضع، قالوا: لأنه يقال: رأيت الإنسان، إذا رأيت أحد جوانبه الأربع. وأيضاً فأصحاب النبي ﷺ الذين بلغوا سنته وعملوا بها، لم ينقل عن أحد منهم تقييد الخف بشيء من القيود. ثم إنه أطلق الرخصة، فكذلك ها ليس كل إنسان يجد خفاً سليماً، فلو لم يرخص إلا هذا لزم المحاويج خلق خفافهم، وكان إلزام غيرهم بالخلع أولى، والرخصة عامة. انتهى بتصرف يحتاج إلى رجوع القارئ إلى الأصل من الفتاوى الكسرى (٣٠٨/١). انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٣)، شرح الخرشي على المختصر

فَلْيُدْخِلْ الْيَدَيْنِ فِي الْخَفَيْنِ، وَلْيَمْسَحْ عَلَى الْأَسْفَلِ^(١).

والقول القديم، وهو مذهب المزني: أنه يجوز المسح؛ لأنه من مرافق السفر، ثم تقديره أن يكون كظاهرة الخف، أو يكون بدلاً عن الرجل، والأسفل لقافاً، أو يكون بدلاً عن الخف الأسفل، هذه ثلاثة احتمالات تتفرع منها مسائل أربع:

الأولى: إن لبس الجرموق^(٢) على طهارة كاملة فله المسح عليه، وإن لبس على الحدث، فوجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأنه في حكم ظاهرة ألصقت بعد اللبس. والثاني: لا؛ لأنه بدل عن الخف أو الرجل، فليلبس على طهارة، فأما إذا لبسهما على طهارة المسح، فإن جوزنا على الحدث فهذا أولى، وإن منعنا فوجهان مأخذهما ضعف طهارة المسح، كظاهرة المستحاضة.

الثانية: لو نزع الجرموقين بعد المسح عليهما، فوجهان: أحدهما: لا يلزمه شيء، وكأنه نحى الظهارة بعد المسح.

(١) قلت: الذي صح عن رسول الله ﷺ هو المسح من أعلى الخف، أى ظاهر الخف دون باطنه، فعن علي، رضى الله عنه، قال: لو كان الدين بالرأى، لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه، لقد رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر خفيه. رواه أبو داود (١٦٢، ١٦٤).

قال الحافظ في بلوغ المرام: إسناده حسن. وقال في التلخيص: إسناده صحيح. وفيه أيضاً حديث المغيرة بن شعبة، قال: رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظهور الخفين. أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٥٧/١). وقال صاحب منتقى الأخبار: رواه أحمد وأبو داود والترمذي، ولفظه: على الخفين على ظاهرهما. وقال: حديث حسن.

قال الشوكاني: قال البخاري في التاريخ: هو بهذا اللفظ أصح من حديث رجاء بن حيوة الآتي. انتهى. وحديث رجاء بن حيوة، قال الشوكاني: أخرجه الدارقطني والبيهقي وابن الخارود. قال الأثرم، عن أحمد: أنه كان يضعفه. وقال ابن أبي حاتم، عن أبيه وأبي زرعة: حديث الوليد ليس بمحفوظ. انتهى.

وخلاصة القول أن أئمة الحديث ضعفوه. وهو أيضاً عن المغيرة بن شعبة، أن النسي ﷺ مسح أعلى الخف وأسفله. قال صاحب منتقى الأخبار: رواه الخمسة إلا السائي وقال الترمذي: هذا حديث معلول لم يستند عن ثور غير الوليد بن مسلم، وسألت أبا زرعة ومحمداً عن هذا الحديث، فقالا: ليس بصحيح. انتهى. انظر: نيل الأوطار (١٨٤/١، ١٨٥).

(٢) الجرموق هو ما يلبس فوق الخف. انظر: القاموس المحيط (٢٢٤/١).

والثاني: يلزمه إما المسح على الخف؛ لأنه بدل عنه، أو غسل الرجل إن جعل بدلاً عن الرجل.

الثالثة: لو لبس في إحدى رجله جرموقاً ليمسح عليه، وعلى الخف الآخر، فوجهان: أحدهما: أنه يجوز، فإنه كطاقة من الخف. والثاني: لا يجوز؛ لأنه كالجمع بين البديل والمبدل إن جعلناه بدلاً عن الخف.

وإن جعلناه بدلاً عن الرجل، فالأصح جوازه؛ لأن الخف الثاني مستقل بنفسه.

الرابعة: إذا مسح عليهما ثم نزع أحدهما، فإن جعلناه كطاقة لم يضر تركه، وإن قدرناه بدلاً عن الرجل أو الخف لزم نزع الآخر حتى لا يكون جمعاً بين البديل والمبدل، وقد ثبت لذلك الخف حكم اللقاف إذا مسح على سائرته بخلاف ما إذا لم يلبس إلا أحد الجرموقين.

النظر الثاني: في كيفية المسح

وأقله ما يطلق عليه الاسم مما يوازي محل الفرض، فلو اقتصر على الأسفل، فظاهر النص منعه؛ لأنه لم يؤثر الاقتصار عليه، والباب باب الرخصة. وقدر أبو حنيفة المسح بثلاثة أصابع. أما الأكمل فالمسح.

والغسل وتكرار المسح مكروهان، وقصد الاستيعاب ليس بسنة، إذ لم ينقل عن رسول الله ﷺ إلا أنه مسح على الخف خطوطاً، ولكن يستحب أن يمسح أعلى الخف وأسفله^(١).

والموازي للعقب، فهل يستحب عليه المسح؟ فيه خلاف.

النظر الثالث: في حكمه

وهو إباحة الصلاة بغير حصر، ولكن إلى إحدى غائتين:

الغاية الأولى: مضى يوم وليلة من وقت الحدث الواقع بعد اللبس في حق المقيم، ومضى ثلاثة أيام ولياليهن في حق المسافر^(٢). وقال مالك، رحمه الله تعالى: لا

(١) سبق أن قلنا إن هذا مخالف للأحاديث الصحيحة، وغاية ما استدلوا به على المسح من أسفل وأعلى حديث المغيرة السابق ذكره، وهو ضعيف.

(٢) وقد سبق أن ذكر المصنف في ذلك حديث، وفيه أيضاً حديث صفوان وأبي بكر، وروى شريح بن هاني، قال: سألت عائشة، رضی الله عنها، عن المسح على الخفين، فقالت: سل =

يتقدَّر (١).

فرعان: الأول: إذا لبس المقيم على الطهارة، ثم سافر قبل الحدث أتم مدة مسح المسافر وفقاً؛ لأنه العادة، ولو أحدث في الحضر فكذلك؛ لأنه لا حجر في الحدث.

وقال المزني: يقتصر على مدة المقيمين؛ لأن أول المدة من وقت الحدث، وقد وقع في الحضر، أما إذا مسح في الحضر، ثم سافر أتم مسح المقيمين خلافاً لأبي حنيفة، ولو مسح في السفر، ثم أقام اقتصر على مدة المقيمين تغليفاً للإقامة، فإن كان قد استوفاه في السفر اقتصر عليه.

وقال المزني: يوزع، فإن كان قد استوفى في يومين وليلتين، فبقي له ثلث المدة، فيستوفى ثلث مدة المقيمين، وعلى هذا القياس منهاجه.

الثاني: لو شك، فلم يدر أمسح في الحضر أم لا، أو شك فلم يدر انقضت المدة أم لا؟ أخذ بالأسوأ، وهو أنه مسح وانقضى، إذ الأصل الغسل، فلا يترك إلا باستيقان المرخص.

الغاية الثانية: لو نزع الخفين أو أحدهما، فإنه يوجب غسل القدمين، وهل يوجب استئناف الوضوء؟ قيل: إنه مبني على المروالة.

علياً، فإنه أعلم بهذا مني، كان يسافر مع رسول الله ﷺ، فسأله فقال: قال رسول الله ﷺ: «للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن، وللمقيم يوم وليلة». رواه أحمد (٩٦/١)، ٢٤٠/٤، ٢١٣/٥، ٢١٤)، والبيهقي (٢٧٦/١)، والطبراني (١٠/٢)، ١٠٧/٤، ١١١)، ولمسم مثله كتاب الطهارة (ح ٢٧٦/٨٥).

(١) قال الشوكاني: ولعل متمسك أهل القول الأول ما أخرج أبو داود من حديث أبي بن عمار، أنه قال لرسول الله ﷺ: «أمسح على الخفين؟ قال: «نعم»، قال: «يومان؟ قال: «ويومين»، قال: «ثلاثة أيام؟ قال: «نعم، وما شئت»، وفي رواية: حتى بلغ سبعا. قال رسول الله ﷺ: «نعم وما بدا لك». قال أبو داود: وقد اختلف في إسناده وليس بالقوي. وقال البخاري نحوه. وقال الإمام أحمد: رجاله لا يعرفون.

وأخرجه الدارقطني، وقال: هذا إسناده لا يثبت، وفي إسناده ثلاثة مجاهيل، عبد الرحمن، ومحمد بن يزيد، وأيوب بن قطن، ومع هذا فقد اختلف فيه على يحيى بن أيوب اختلافاً كثيراً، وقال ابن حبان: لست أعتد على إسناده خبره. وقال ابن عبد البر: لا يثبت وليس له إسناد قائم، وبالغ الجورقاني ذكره في الموضوعات، وما كان بهذه المرتبة لا يصح للاحتجاج به على فرص عدم المعارض، فالحق توقيت المسح بالثلاث للمسافر واليوم واليلة للمقيم. انتهى انظر نيل الأوطار (١٨٢/١).

وقال القفال: لا، بل القولان جاريان مع قرب الزمان، ومأخذه أن المسح هل يرفع الحدث؟ وفيه خلاف، فإن قلنا: لا يرفع، فيكفي الغسل، وإن قلنا: يرفع، فقد عاد الحدث بالنزع، وهو في عوده لا يتجزأ، فيجب الاستئناف.

فرع: لو لبس فرد خف وكانت الرجل الأخرى ساقطة من الكعب، جاز المسح، ولو بقي بقية، فلا يجوز المسح ما لم يوار تلك البقية بساتر.

* * *

كتاب الحيض

وفيه ستة أبواب:

الباب الأول

فى حكم الاستحاضة والحيض^(١)

أما الحيض، فَمَسْنَةُ مأخوذ من سن البلوغ. وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أول السنة التاسعة. والثاني: أول السنة العاشرة. والثالث: إذا مضى ستة أشهر من التاسعة.

وإنما عَوِّلَ فى هذا على الوجود، فإن رأت الدم قبل هذا، فهو دم فساد لا دم حيض. وأما مدة الحيض، فأكثرها خمسة عشر يوماً، وأقلها يوم وليلة. وأقل مدة الطهر خمسة عشر يوماً، وأكثرها لا حد لها. ونص فى موضع فى أقل الحيض على يوم، فقيل: أراد بليته. وقيل: بالافتصار عليه. وأما أغلب الحيض، فست أو سبع. وأغلب الطهر أربع وعشرون أو ثلاث وعشرون. وهو تمة الدور، ومستند هذه التقديرات الوجود المعلوم بالاستقراء.

قال الشافعى: رأيت امرأة لم تزل تحيض يوماً. وقال أبو عبد الله الزبيرى^(٢): فى نسائنا من تحيض يوماً وليلة، وفيهن من تحيض خمسة عشر يوماً، وكذلك قال عطاء^(٣)،

(١) قال الشوكانى: قال فى الفتح: أصله السيلان، وفى العرف جريان دم المرأة. قال فى القاموس: حاضت المرأة تحيض حيضاً ومحاضاً، فهي حائض وحائضة سال دمها، والمحيض اسم ومصدر، ومنه الخوض؛ لأن الماء يسيل إليه. انتهى. واصطلاحاً عند الشافعية: الدم الخارج من سن الحيض، وهو تسع سنين قمرية فأكثر من فرج المرأة على سبيل الصحة.

والأصل الشرعى فيه قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وفى الصحيحين: «هذا شيء كتبه الله على بنات آدم»، ويختلف عن الاستحاضة فى أن الحيض دم خارج على جهة الصحة، والاستحاضة دم خارج على جهة المرض. انظر: نيل الأوطار (١/٢٦٨)، لسان العرب (١٠٧/٢)، ترتيب القاموس (٧٥٠/١)، المصباح المنير (٣١٢/١)، الوجيز مع فتح العزيز (٤٠٩/٢)، صحيح البخارى (٩٦/١).

(٢) هو الإمام أبو عبد الله الزبيرى صاحب المصنفات المعروفة فى المذهب الشافعى. ولا سيما كتابه الكافى، الذى يعتبر من أهم الكتب الشافعية. توفى سنة (٣١٧هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٥٩/٣).

(٣) هو عطاء بن أبى رباح، أسلم بن صفوان، سيد التابعين علماً وعملاً، وإتقاناً فى زمانه عكّة، =

هذا لو وجد في عصر آخر امرأة تحيض أقل من ذلك أو أكثر، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يعتبر؛ لأن بحث الأولين أوفى. والثاني: يعتبر؛ لأن معولهم على الوجود. والثالث: كل قدر قال به بعض العلماء جاز اعتماده، وما لا يوافق مذهب ذي مذهب فلا.

ولا خلاف أنها لو رأت يوماً دماً ويوماً نقاءً وهكذا على التعاقب، فلا يجعل كل يوم طهراً كاملاً، بل حكمه ما يأتي في باب التلقيق.

أما حكم الحيض، فهو المنع من أربعة أمور:

الأول: ما يفتقر إلى الطهارة، كسجود الشكر، وسجود التلاوة، والطواف، والصلاة، فلا يصح من الحائض ولا يجب عليها قضاء الصلاة^(١). ولا تصح طهارة الحائض إلا غسلها لأجل الإحرام والوقوف بعرفة؛ لأنه للنظافة.

— روى عن عائشة وأبي هريرة والكبار، وكان حجة إماماً كبير الشأن، أخذ عنه أبو حنيفة، وقال: ما رأيت مثله. غير أن مراسيله ضعيفة. قال يحيى القطان: مراسلات مجاهد أحب إلينا من مراسلات عطاء. وقال أحمد: ليس في المرسل أضعف من مرسل الحسن وعطاء؛ وذلك لأنهما كانا يأخذان عن كل أحد. توفي سنة (١١٤هـ) بعد حياة دامت تسعين سنة كلها جهاد وخدمة للإسلام. انظر: ميزان الاعتدال (٧٠/٣)، البداية والنهاية (٣٠٦/٩).

وذكر البخاري في كتاب الحيض باب (٢٥) عن عليٍّ وشريح: إن جاءت بينة من بطانة أهلها ممن يرضى دينه أنها حائض في شهر ثلاثاً صدقت. وقال عطاء: أقرأوها ما كانت. وبه قال إبراهيم. وقال عطاء: الحيض يومٌ إلى خمس عشرة. وقال معتمر، عن أبيه: سألت ابن سيرين عن المرأة ترى الدم بعد قرئها بخمسة أيام، قال: النساء أعلم بذلك.

(١) وفيه حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً، وفيه: «ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن»، قلن: وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟»، قلن: بلى، قال: «فذلك من نقصان عقلها، أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم؟»، قلن: بلى، قال: «فذلك من نقصان دينها». انظر: صحيح البخاري (ح ٣٠٤)، أما مسألة القضاء، فعن معاذة أن امرأة سألت عائشة، فقالت: أتقصي إحداك الصلاة أيام محيضها؟ فقالت عائشة: أحرورية أنت؟ قد كانت إحداك تحيض على عهد رسول الله ﷺ ثم لا تؤمر بقضاء. رواه مسلم في صحيحه (٣٣٥/٦٧)، وفي رواية (٣٣٥/٦٩): قلت: لست بحرورية، ولكني أسأل، قالت: كان يصيبن ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة. على أن السائلة هي معاذة نفسها.

قال الشوكاني: نقل ابن المنذر والنووي وغيرهما إجماع المسلمين على أنه لا يجب على الحائض قضاء الصلاة، ويجب عليها قضاء الصيام. انظر: نيل الأوطار (٢٨٠/١)، صحيح البخاري كتاب الحيض (ح ٣٢١).

الثاني: الاعتكاف، بل العبور في المسجد حرام عليها^(١)، فإن أمنت التلوّث ففي العبور المجرد وجهان.

الثالث: الصوم فهو ممنوع، والقضاء واجب بخلاف الصلاة^(٢).

الرابع: الجماع وهو محرم بالنص. قال الله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢]^(٣) والاستمتاع بما فوق السرة وتحت الركبة جائز، وفي الاستمتاع بما تحت الإزار مما سوى الجماع، وجهان، ويشهد للإباحة قوله عليه الصلاة والسلام: «افعلوا كل شيء إلا الجماع»^(٤).

وللتحریم قول عائشة، رضي الله عنها، قالت: كنت مع رسول الله ﷺ في مضجعه فحضت فانسللت، فقال: «ما لك، أنفست؟»، قلت: نعم، فقال: «خذى ثياب حيضتك

(١) وفيه حديث عائشة، رضي الله عنها، قالت: إن كنت لأدخل البيت للحاجة، والمريض فيه، فما أسأل عنه إلا وأنا مارة، وإن كان رسول الله ﷺ ليُدخل عني رأسه وهو في المسجد فأرجله، وكان لا يدخل البيت إلا للحاجة إذا كان معتكفاً. انظر: صحيح مسلم كتاب الحيض (ح/٢٩٧/٧) باب (٣)، وفيه لعائشة أيضاً مرفوعاً: «ناوليني الخمرة من المسجد»، قالت: فقلت: إني حائض، فقال: «إن حيضتك ليست في يدك». انظر: صحيح مسلم كتاب الحيض باب (٣) (ح/٢٩٨/١١).

قال القاضي عياض: معناه أن النبي ﷺ قال لها ذلك من المسجد، أي وهو في المسجد، لتناولها إياها من خارج المسجد؛ لأنه ﷺ كان في المسجد معتكفاً، وكانت عائشة في حجرتها وهي حائض. انتهى.

(٢) قوله: واجب بخلاف الصلاة، فيه حديث مسلم السابق ذكره (٣٣٥/٦٩)، والبخاري (ح/٣٢١).

(٣) والمعنى في الفرج، فتحريم الوطء في الفرج أجمع عليه المسلمون، وينص القرآن والسنة الصريحة، ومستحله كافر، وغير المستحل إن كان ناسياً أو جاهلاً بوجود الحيض أو جاهلاً لتحريمه أو مكرهاً، فلا إثم عليه ولا كفارة، وإن وطئها عالماً بالحيض والتحريم مختاراً، فقد ارتكب معصية كبيرة نص على كبرها الشافعي، ويجب عليه التوبة، وفي وجوب الكفارة خلاف، أما ما جاء في السنة، فعن أنس أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة منهم لم يواكلوها ولم يجامعوها في البيوت، فسأل أصحاب النبي ﷺ، فأنزل الله عز وجل: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هِيَ أَفْظَىٰ مِنَ النِّكَاحِ﴾، وفي لفظ: «إلا الجماع». رواه مسلم كتاب الحيض (١٦)، وأحمد (٣/١٣٢)، وابن ماجه (٦٤٤)، ولفظ: «غير النكاح» السنن الكبرى للبيهقي (٣١٣/١)، والتمهيد لابن عبد البر (١٦٣/٣). انظر: نيل الأوطار (١/٢٧٦).

(٤) الحديث سبق تخريجه. انظر المراجع السابقة بأرقامها.

وعودى إلى مضجعتك»، ونال منى ما ينال الرجل من امرأته إلا ما تحت الإزار^(١).

فروع: إن جامعها والدم عبيط^(٢) تصدق بدينار، وفي أواخر الدم يتصدق بنصف

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ كتاب الطهارة (ص ٦٠)، وتلخيص الحبير (١/١٦٧). قال ابن حجر: وإسناده صحيح عند البيهقي، لكن وليس فيه: نال منى ما ينال الرجل من امرأته. ولهذا أنكر النووي على الغزالي، فقال: وهذه زيادة غير معروفة في كتب الحديث، وإما تع استاده إمام الحرمين.

قلت: والذي جاء في الصحيحين:

١ - فعن عائشة، قال: كانت إحدانا إذا كانت حائضاً، أمرها رسول الله ﷺ أن تأتزر في فور حيضها، ثم يباشرها. قالت: وأيكم يملك إربه كما كان رسول الله ﷺ يملك إربه.

٢ - وعن ميمونة، قالت: كان رسول الله ﷺ يباشر نساءه فوق الإزار وهن حيض.

٣ - ومثله عن ابن عباس، قال: سمعت ميمونة، وذكر الحديث.

٤ - عن أم سلمة، قالت: بينما أنا مضطجعة مع رسول الله ﷺ في الخيملة، إذ حضت فانسلت، فأخذت ثياب حيضتي، فقال لي رسول الله ﷺ: «أنقست؟»، قلت: نعم، فدعاني فاضطجعت معه في الخيملة. رواه مسلم كتاب الحيض الأول، باب (١) (ح ٢٩٣/٢)، والثاني باب (١) (ح ٢٩٤/٣)، والثالث باب (٢) (ح ٢٩٥/٤)، والرابع باب (٢) (ح ٢٩٦/٥)، وفي صحيح البخاري عن عائشة (ح ٣٠٠) وعن ميمونة (ح ٣٠٣).

قال الشوكاني: القسم الأول المباشرة فوق السرة ونحت الركبة بالذكر أو القبلة أو المعانقة أو اللبس أو غير ذلك، وذلك حلال باتفاق العلماء، وقد نقل الإجماع على الجواز جماعة. وقد حكى عن عبيدة السلماني وغيره أنه لا يباشر شيئاً منها بشيء منه. وهو كما قال النووي: غير معروف ولا مقبول، ولو صح لكان مردوداً بالأحاديث الصحيحة وإجماع المسلمين قبل المخالف وبعده. القسم الثاني: فيما بين السرة والركبة في غير القبل والدبر، وفيه ثلاثة وجوه، لأصحاب الشافعي منها التحريم. والثاني عدم التحريم مع الكراهة. والثالث إن كان المباشر بضبط نفسه عن الفرج إما لشدة ورع أو لضعف شهوة جاز، وإلا لم يجوز.

وقد ذهب إلى الوجه الأول مالك وأبو حنيفة، وهو قول أكثر العلماء، منهم سعيد بن المسيب وشريح وطاوس وعطاء وسليمان بن يسار وقتادة، ومن ذهب إلى الجواز عكرمة ومجاهد والشمسي والنخعي والحاكم والثوري وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وابن المنذر وداود. قال: فالقول بالتحريم سد للريعة. انتهى بتصرف. انظر: نيل الأوطار (١/٢٧٦).

(٢) اختلف أهل العلم في حديث ابن عباس، وقد ورد بالفاظ وطرق متعددة، أخرجه أحمد (١/٢٢٩، ٢٣٠)، والدارمي (١/٢٥٤)، وأبو داود (١/١٨١)، والنسائي (١/١٥٣)، وابن ماجه (١/٢١٠)، والحاكم (١/١٧١)، والدارقطني (٣/٢٨٧)، والبيهقي (١/٣١٤)، وابن الجارود (١٠٨).

قال الشوكاني: وفي رواية من روايات الحديث: كل رواتها يخرج لهم في الصحيح، إلا مقسماً الراوى عن ابن عباس، فانفرد به البخاري، لكن ما أخرج له إلا حديثاً واحداً، وقد صحح=

دينار، وهو استحباب؛ لحديث ضعيف ورد فيه.

أما الاستحاضة، فلا تمتنع الصلاة والصوم، ولكن حكمها حكم سلس البول، فعليها أن تتوضأ لكل صلاة بعد دخول وقتها^(١)، ولا تؤدى بوضوء واحد أكثر من فريضة

حديث الباب الحاكم وابن القطان وابن دقيق العيد، وقال أحمد: ما أحسن حديث عبد الحميد، عن مقسم، عن ابن عباس، قليل: تذهب إليه؟ فقال: نعم. وقال أبو داود: وهى الرواية الصحيحة، وربما لم يرفعه شعبة. انتهى.

قلت: قال البيهقي: رجع شعبة عن رفع الحديث وجعله من قول ابن عباس. قال ابن حجر فى التلخيص (١/١٦٦): وقد أمعن ابن القطان القول فى تصحيح هذا الحديث، والجواب عن طرق الطعن فيه بما يراجع منه، وأقر ابن دقيق العيد بتصحيح ابن القطان وقواه فى الإمام، وهو الصواب. قال: وفى ذلك ما يرد على النووى فى دعواه فى شرح المذهب والتنقيح والخلاصة، أن الأئمة كلهم خالفوا الحاكم فى تصحيحه، وأن الحق أنه ضعيف باتفاقهم. وتبع النووى بعد ذلك ابن الصلاح.

انظر: نيل الأوطار (١/٢٧٨، ٢٧٩)، ورواياته عن ابن عباس، عن النبى ﷺ فى الذى يأتى امرأته وهى حائض يتصدق بدينار أو بنصف دينار. رواه الخمسة. وقال أبو داود: هكذا الرواية الصحيحة، قال: دينار أو نصف دينار. وفى لفظ للترمذى: إذا كان دمًا أحمر فدينار، وإن كان دمًا أصفر فنصف دينار. وفى رواية لأحمد أن النبى ﷺ جعل فى الحائض نصيبًا دينارًا، فإن أصابها وقد أدبر الدم عنها ولم تفتسل، فنصف دينار.

وفى الباب أيضًا حديث بلفظ: إذا أتى أحدكم امرأته فى الدم. أخرجه البيهقي فى السنن الكبرى (١/٣١٦)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (١/١٦٥)، وكثر العمال للمتقى الهنذى (٤٤٨٩٣).

(١) وفيه حديث عائشة، قالت: جاءت فاطمة بنت أبى حبيش إلى النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إني امرأة أستحاض فلا أطهر، أفأدع الصلاة؟ فقال: «لا، إنما ذلك عرق وليس بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة، وإذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلّى». رواه مسلم واللفظ له كتاب الحيض باب (١٤) (ح ٣٣٣/٦٢)، والبخارى فى صحيحه (ح ٣٠٦) وعن عائشة أن التى استفتت هى أم حبيبة بنت جحش، فذكر مثل الحديث السابق، ثم قال مسلم: قال البيهقي ابن سعد: لم يذكر ابن شهاب أن رسول الله ﷺ أمر أم حبيبة بنت جحش أن تفتسل عند كل صلاة، ولكنه شئ فعلته هى. رواه مسلم (٣٣٤/٦٣).

قلت: وهكذا كل ما ورد فى الصحيحين ذكر فيه الاغتسال من غير ذكر الوضوء عند كل صلاة، وإنما وردت هذه الزيادة فى غير موضع من كتب الحديث، ولم تسلم جميعها من مقال وادعى غير واحد أن البخارى علق هذه الزيادة فى صحيحه باب: إقبال المحيض وإدباره، وليس كذلك، بل فيه: وكن نساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة، فتقول: لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء، تريد بذلك الطهر فى الحيضة. وبلغ ابنة زيد بن ثابت أن نساء يصنعن هذا، وعابت عليهن. انتهى.

واحدة، ومن النوافل ما شاءت كالتيمم، وفي وجوب المبادرة ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب؛ لتقليل الحدث. والثاني: لا، كالتيمم. والثالث: لها فسحة ما دام وقت الصلاة باقية.

وعليها أن تلتجم وتستفر^(١)، وعليها تجديد العصابة لكل فريضة إن نزل الدم إلى ظاهرها، وإن لم يظهر فوجهان، أحدهما أنه يجب كالوضوء، فإن باطن العصابة نجس واحتمل للضرورة، ولو رالت العصابة بعد الفريضة بنفسها وكان ذلك بسبب زيادة نجاسة، فممتنع من النوافل؛ لأن ذلك منسوب إلى تقصيرها.

فرع: إذا شفيت قبل الشروع في الصلاة لزمها استئناف الوضوء، وإن شفيت في أثناء الصلاة، فوجهان:

أحدهما: أنها كالتيمم إذا رأى الماء فيستمر. والثاني، وهو الأصح: أنها تتوضأ وتستأنف؛ لأن الحدث متجدد، ولا بدل له، وقد خرج في التيمم من المستحاضة وجه، والمذهب هو الفرق. وإن شفيت بعد الصلاة فلا شيء عليها.

ولو انقطع بعد الوضوء بساعة تتسع لوضوء وصلاة فلم تصل، يلزمها استئناف

هذا وفي الباب حديث واحد عن عائشة أن فاطمة بنت أبي حبيش كانت تستحاض، فسألت النبي ﷺ، فقال: وذلك عرق وليست بالحبضة، فإذا أثقلت الحبضة فدعى الصلاة، وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي. (ح ٣٢٠) أيضًا، ولم توجد هذه الزيادة في كتاب الحيض كما توهم البعض في كلا من الصحيحين، والزيادة ولفظها، ثم تغتسل وتتوضأ عند كل صلاة وتصوم وتصل. رواها أبو داود وابن ماجه والترمذي.

قال صاحب منتقى الأخبار: والترمذي حسنه. قال الشوكاني: الحديث لم يحسنه الترمذي كما ذكر المصنف، بل سكت عنه. قال ابن سيد الناس في شرحه: وسكت الترمذي عن هذا الحديث، فلم يحكم بشيء، وليس من باب الصحيح، ولا ينبغي أن يكون من باب الحسن؛ لضعف روايه عن عدي بن ثابت. ثم ذكر الشوكاني مقالات أهل العلم وخلاصتها أن هذا الحديث ضعيف.

وقد وردت هذه الزيادة على حديث عائشة السابق ذكره عن مسلم والبخاري في غير الصحيحين، وهو ضعيف أيضًا. رواه أحمد وابن ماجه. وجاء هذا الحديث أيضًا بلفظ: وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي، فإنما هو عرق، رواه الحاكم وصححه (١٧٤/١) ووافقه الذهبي، ورواه البيهقي (٣٢٥/١)، وأبو داود (٢١٣/١)، والنسائي (١٢٣/١). قال ابن رشد: هذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم. انظر: بداية المجهتد (٥٥٢/١)، نيل الأوطار (٢٧٤/١).

(١) وتستفر، أي تلتجم أو تشد خرقة عليها. انظر: القاموس المحيط (٣٩٧/١)، المصاحح المسير (٩١/١) مادتي (تفر) و(لجم).

الوضوء السابق على الانقطاع لتقصيرها، ولو انقطع في الحال وهي لا تدري أيعود أم لا؟ إن كان لا يبعد من عاداتها العود، فلها الشروع في الصلاة من غير استئناف وضوء، ولكن إن دام الانقطاع فعليها القضاء، وإن بعد ذلك من عاداتها، فعليها استئناف الوضوء في الحال، فإن شرعت من غير استئناف ولم يعد لم تصح الصلاة، وإن عاد فوجهان؛ لأنها شرعت على تردد.

* * *

الباب الثاني: في المستحاضات

ومن أربع:

الأولى: مبتدأة مميزة، وهي التي لم تسبق لها عادة، ولكن انقسم دمها إلى القوى والضعيف، فهي تنحيز في الدم القوى، وتستحاض في الضعيف بشرط أن لا ينقص القوى عن يوم وليلة، ولا يزيد على خمسة عشر يوماً، وبشرط أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يوماً.

والأصل ما روى أن فاطمة بنت أبي حبيش^(١) قالت: إني أستحاض فلا أطهر، فقال عليه الصلاة والسلام: «إنما هو عرق انقطع، إذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة، وإذا أدبرت فاغتسلي وصلّي»^(٢).

وفي رواية: «ودم الحيض أسود بخراني محتدم ذو دفعات له رائحة تعرف»^(٣).

والمحتدم: اللذاع للبشرة لِحْدَتُهُ، وله الرائحة الكريهة. والبحراني: ناصع اللون. والتعويل على اللون لا على الرائحة والاحتدام.

فرعان: الأول: محل الاتفاق مبتدأة رأت السواد أولاً خمسة مثلاً، ثم أطبقت الحمرة أو الصفرة، فلو رأت أولاً خمسة حمرة ثم خمسة سواداً، ثم استمرت الحمرة، ففيه ثلاثة أوجه:

الأول: أن النظر إلى لون الدم لا إلى الأولية، فالأسود هو الحيض. الثاني: أنه يجمع إذا

(١) هي فاطمة بنت أبي حبيش بن المطلب القرشية الأسدية، ثبت ذكرها في الصحيحين. انظر: الإصابة في معرفة الصحابة (٦١/٨)، تهذيب الأسماء (٣٥١/٢).

(٢) الحديث سبق تحريجه.

(٣) أخرجه النسائي في سننه كتاب الحيض (١٥١/١)، وأبو داود في سننه (٤٧١/١)، والشافعي في الأم (٥٣/١، ٥٤)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٦٩/١)، والمختصر (٥٣/١).

أمكن إلا إذا زاد السواد مع الحمرة على خمسة عشر يوماً. الثالث: أنها فاقدة للتمييز، وسيأتى حكمها.

فعلى هذا لو رأت خمسة حمرة وعشرة سواداً، ثم أطبقت الحمرة، فعلى الأول عشرة السواد حيض والحمرة قبلها دم فساد، وعلى الثانى جميع الخمس عشرة حيض، فلو كان السواد أحد عشر، فعلى الأول السواد حيض، وعلى الثانى هى فاقدة للتمييز.

قيل: إنها تقتصر على أيام الحمرة؛ لقوة مجرد الأوليّة وهو بعيد، فإن كان السواد ستة عشر، فقد تعذر الجمع وتجرّد السواد، فهى فاقدة للتمييز؛ لأن تجريد الأوليّة وجه ضعيف.

الثانى: أن القوة والضعف إضافة، فالصفرة بعد الحمرة كالحمرة بعد السواد، فلو رأت خمسة سواداً ثم خمسة حمرة، ثم أطبقت الصفرة، فالحمرة المتوسطة ملحقة بالسواد فى كونها حيضاً؛ لضعف ما بعدها على أحد الوجهين.

وعلى الوجه الثانى: هى ملحقة بالصفرة، فلو رأت خمسة سواداً وأحد عشر حمرة، فالحيض هو السواد على وجه إلحاق الحمرة بالصفرة، وعلى الوجه الآخر تعذر الجمع، فيتعين الرجوع إلى السواد، وفيه وجه أنها فاقدة للتمييز، وكان السواد قد أطبق على ستة عشر يوماً.

تنبيهات ثلاثة: الأول: المبتدأة إذا فاتحها الدم الأسود خمسة، ثم تغير إلى الضعيف فلا تغتسل ولا تصلى، بل ترصد، فلعلّ الضعيف ينقطع دون الخمسة عشر، فيكون الكل حيضاً، فإن جاوز واستمر الدم، فإذا ذاك نأمرها بتدارك ما فات فى أيام الضعيف، نعم فى الشهر الثانى كما انقلب الدم إلى الضعيف تغتسل، إذ بان استحاضتها فى الشهر الأول، والاستحاضة علة مزمنة طويلة البقاء، فلا تخرج على أن العادة هل تثبت بمرة؟.

الثانى: أنها لو شفيت قبل خمسة عشر فى بعض الأدوار، فجميع ذلك حيض مع الضعيف؛ لانقطاعه دون أقل المدة كما لو وقع مثلاً فى الدور الأول.

الثالث: إذا رأت المبتدأة أولاً خمسة عشر يوماً دماً أحمر، ثم أطبق السواد، فقد تركت الصلاة فى النصف الأول من الشهر، رجاء الانقطاع وترك فى النصف الثانى رجاء استقرار التمييز؛ لظهور الدم القوى. إذا فرغنا على أنه لا ينظر إلى الأوليّة فلا تعهد امرأة تؤمر بترك الصلاة شهراً كاملاً إلا هذه؛ للانتظار الذى ذكرناه.

المستحاضة الثانية: المبتدأة التى ليست بميزة إما بإطباق لون واحد أو بفقد شرط من

شروط التمييز، ففيها قولان:

أحدهما: أنها ترد إلى أقل مدة الحيض، يومٌ وليلةً احتياطاً للعبادة، فإنه المستيقن.

والثاني: أنها تردُّ إلى أغلب عادات النساء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام، لبعض المستحاضات: «تحيضى فى علم الله ستاً أو سبعمائة كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن»^(١).

وقوله: «فى علم الله» معناه فيما أعلمك الله من عاداتهن.

التفريع: إن رددناها إلى الأغلب، فلا خيرة بين الست والسبع، لكن تتبع العادة، فإن كانت عادات النسوة دون الست ردت إلى الست، وإن كانت فوق السبع ردت إلى السبع؛ لتعيين رسول الله ﷺ هذين العددين، هذا هو المشهور.

قبل: إن العادة تتبع بقدرها، والتعيين جرى وفقاً.

ثم العبرة بأى نسوة؟ فوجهان: أحدهما: تعتبر بنساء البلدة. والثاني: بنساء العشيرة من الجانبيين.

فإن رددناها إلى الأقل فى الحيض، ففي الطهر ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ترد إلى الأقل كما فى الحيض، وهذا ضعيف، إذ الردُّ إلى أقل الحيض احتياط. والثاني: أنه تردُّ إلى تسع وعشرين يوماً تمييزاً للدور. والثالث، وهو الأقرب: وهو أنها تردُّ إلى أغلب العادات، وليكن أربعاً وعشرين، فإن الاحتياط فيه أكثر منه فى ثلاثة وعشرين.

ثم الوقت الذى حكم بطهرها فيه ماذا تفعل؟ فعلى قولين، أحدهما أن حكمها حكم الطاهرات المستحاضات. والثاني: أنها تحتاط احتياط المتحيرة، كما سيأتى.

المستحاضة الثالثة: المعتادة، وهى التى استحيضت بعد عادات منظومة، فتردُّ إلى عاداتها فى قدر الحيض وميقاته، لما روى أن أم سلمة^(٢) استفتت لبعض المستحاضات،

(١) انظر: الأم (٥٣/١)، وأحمد (٣٤٩/٦)، تلخيص الجبير (١٦٣/١)، وابن ماجة (٢٠٥/١).

(٢) هى أم المؤمنين هند، على الصحيح، بنت أبى أمية حذيفة بن المغيرة القرشية المخزومية، كانت زوجة ابن عمها أبى سلمة، وهاجر بها إلى الحبشة فى الهجرتين جميعاً، وهى أول امرأة خرجت مهاجرة إلى الحبشة، وأول ظعينة دخلت المدينة. تزوجها الرسول ﷺ بعد موت زوجها أبى سلمة وإكمال عدتها منه فى شوال سنة أربع من الهجرة، توفيت فى دى القعدة سنة =

فقال عليه الصلاة والسلام: «مر بها فلتنظر عدد الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتدع الصلاة، فإذا فعلت ذلك فلتغتسل، ثم لتستتر بثوب ثم لتصل»^(١)، فإذا استفاد من العادة قدر الحيض ووقته.

ولتغير العادة صوراً:

الأولى: كانت تحيض خمساً وتطهر بقية الشهر، فجاءها دور وحاضت ستاً وطهرت بقية الشهر، ثم استحيضت في الشهر الآخر، فالمذهب أنها تردُّ إلى الست؛ لأنها ناسحة، وفيه وجه أن العادة لا تثبت بمرة واحدة، وهو مذهب أبي حنيفة. والصحيح الأول؛ لأن إمكان ما عهد على القرب ولو بمرة أظهر من إمكان ما سلف.

الثانية: كانت تحيض خمساً فحاضت في دور آخر ستاً، وفي دور ثالث سبعا، واستحيضت من الرابع، فتردُّ إلى السبع على الظاهر؛ لأنه الناسخ، وعلى الوجه الآخر، وجهان:

أحدهما: الرد إلى الخمس، فإنه المتكرر. والثاني: إلى الست؛ لأن السبع تشتمل على الست، فقد تكرر الست.

الثالثة: تغير الميقات بالتأخر بأن كانت تحيض خمسة في أول الشهر، فجاءها دور فحاضت في الخمسة الثانية، واستحيضت فقد صار الدور خمساً وثلاثين فإليه تردُّ على الصحيح ولا نبالي بالأولية، وإن قلنا: لا تثبت العادة بمرة، فتقيم دورها ثلاثين كما عهد، ولا نبالي بفوات الأولية.

وقيل: لا بد من مراعاة الأولية، وهؤلاء اختلفوا منهم من قال: ينقص من طهرها خمسة أيام من هذا الشهر بأن نحيضها هذه الخمسة الثانية ونطهرها بقية الشهر عشرين يوماً، ثم تعود إلى أول الشهر فنحيضها خمسة، ونطهرها خمسة وعشرين أبداً. وقال أبو إسحاق المروزي^(٢): لا نحيضها خمسة من هذا الشهر أصلاً؛ لفوات أوله، بل

(٨٥٩). انظر: الإصابة في معرفة الصحابة (٢٢١/١)، طبقات ابن سعد (٦٦/٨)، نهديت الأسماء (٣٦١/٢).

(١) الحديث أخرجه مالك في الموطأ كتاب الطهارة (ص ٦٢)، والشافعي في الأم (٥٢/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٢/١ - ٣٣٥)، والزيلي في نصب الراية (٢٠٢/١)، وابن ماجه كتاب الطهارة (٢٠٤/١)، والدارمي في سننه كتاب الطهارة (١٦٦/١)، والسنائي في سننه (١٤٩/١) كتاب الحيض، وأبو داود كتاب الطهارة، والترمذي في سه كتاب الطهارة. (٢) هو إبراهيم بن أحمد أبو إسحاق المروزي من أجل فقهاء الشافعية على الإطلاق، انتهت إليه رئاسة العلم ببغداد، ثم انتقل إلى مصر وجلس مجلس الشافعي، ونشر فيها الفقه. قال السووي: -

يُجعل الدم استحاضة، فإذا جاء أول الشهر حيضها خمساً وأقمنا الأدوار القديمة على وجهها.

الرابعة: إذا تقدّم الحيض إلى الخمسة الأخيرة من الشهر، فقد صار الدور خمساً وعشرين مرة واحدة، فلا يخفى أمره إن أثبتنا العادة بمرة واحدة، أو لم نثبت، ولكن لم نبال بالأولية، وإن تشوّفنا إلى الأولية أمكن أن نجعل هذه الخمسة استحاضة، ثم نُحيضها في الخمسة الأولى من الشهر الثاني، وهو مذهب أبي إسحاق، رحمه الله. وعند غيره نُحيضها في هذه الخمسة، وفي خمسة من أول الشهر، فنزيد في حيضها مرة واحدة، ثم تعود إلى القانون السابق.

الخامسة: إذا عاجلها الحيض، بحيث عاد النقاء إلى أربعة عشر، فعلى مذهب الجميع لا بد وأن نخلف يوماً من أول الدم، ونجعله استحاضة تنمّ للطهر، ثم التفصيل بعده كما سبق بأن نقيم دورها عشرين إذا أثبتنا العادة بمرة واحدة، إذ لا يمكن أن يجعل تسعة عشر، فجعل الخامس عشر طهراً ضرورة. أو لا نثبت بمرة فتقيم دورها القديم من الوقت، ولا نبالي بالأولية أو نتشوف إلى الأولية بأن نجعل بقية الشهر استحاضة، والله أعلم.

المستحاضة الرابعة: المعتادة المميزة، وهي النسي أطبق الدم عليها وسبقت لها عادة معلومة، واختلف لون الدم، فإن طابق قوة الدم أيام العادة فذاك، وإن اختلفت بأن كانت عاداتها خمسة فرأت عشرة سواداً، والباقي حمرة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الحكم بالعادة؛ لأنها تجمع عليها، وفي الحكم بالتمييز خلاف، ولأن الثقة بالعادة أولى.

والثاني: أن التمييز أولى؛ لأنه علامة ناجزة، فإن العادة قد انقضت.

والثالث: أنه يجمع بينهما فتحيضها في العشر بالعتين، فإن رأت خمسة حمرة وأحد عشر سواداً، فقد عسر الجمع، فثلاثة أوجه:

أحدها: أن نجرد العادة. والآخر: أن نجرد التمييز. والآخر: أنهما يتدافعان، وهي كمبتدأة لا تميز لها.

=وحيث أطلق أبو إسحاق في المذهب فهو المروزي، وإليه تنتهي طريقة أصحابنا العراقيين والخراسانيين، توفي سنة (٣٤٠)، ودفن قريباً من الشافعي. انظر: طبقات الإسوي (٣٧٥/٢)، شذرات الذهب (٣٥٥/٢).

فرعان: الأول: المبتدأة إذا رأت خمسة سواداً، ثم أطبق الدم على لون واحد، ففى الشهر الثانى نحيضها خمساً؛ لأن التمييز أثبت لها عادة، فلو تمكنت بعد ذلك من التمييز مرة أخرى، ولكن رأت السواد فى العشرة فتد إلى العشرة ولا يُحرَّحُ على الخلاف فى إثبات العادة بمرة؛ لأن هذه عادة تمييزية، فينسخها مرة واحدة كغير المستحاضة إذا تغيرت عاداتها القديمة مرة واحدة، فإننا نحكم بالحالة الناجزة.

الثانى: قال الشافعى، رضى الله عنه: الصفرة والكدره فى أيام الحيض حيض، وذلك فيما يوافق أيام العادة.

وما وراء عاداتها إلى تمام خمسة عشر، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها حيض؛ لأنها مدة الإمكان كأيام العادة. والثانى: لا؛ لقول أم عطية^(١): كنا لا نعتد بالصفرة وراء العادة شيئاً^(٢). الثالث: إن كان ما تقدمها من الصفرة دم قرى ولو لحظَّةً، فهو حيض؛ لقوته، وإن كان الكل صفرة فتقتصر على أيام العادة فيه.

فأما المبتدأة إذا رأت الصفرة أولاً فمردّها، أعنى اليوم واللييلة، أو الست والسبع، كأيام العادة فى حق المعتادة، أو كما وراء العادة فيه وجهان.

* * *

الباب الثالث: فى المستحاضة المتخيرة

وهى التى نسيت عاداتها قدراً ووقتاً، وفيها قولان:

أحدهما: أنها كالمبتدأة فى قدر الحيض. أما وقته، فردّها إلى أول الأهلة، فإنه مبادئ أحكام الشرع، وهذا مُزَيَّفٌ، فإن اختصاص الحيض بأول الهلال لا يقتضيه طبع ولا شرع، فالقول الصحيح: أنها مأمورة بالاحتياط، والأخذ بأسوأ الاحتمالات فى أمور:

الأول: أن لا يجامعها زوجها فى كل حال؛ لاحتمال الحيض.

الثانى: أن لا تدخل المساجد، ولا تقرأ القرآن إلا فى الصلاة على وجه بعيد فى أن

(١) هى نسيية، بضم النون وفتح السين، بنت الحارث الأنصارية، صحابية جلييلة شهدت مع النبى ﷺ سبع غزوات، ونزلت البصرة، وروى لها عن رسول الله ﷺ أربعون حديثاً اتفق البخارى ومسلم على ستة، وانفرد كل منهما بحديث واحد. انظر: الإصابة (٢٦١/٨)، أسد العابة (٣٦٧/٧)، الاستيعاب (ص ١٩٤٧).

(٢) حديث أم عطية فى صحيح البخارى كتاب الحيض ب (٢٦) (ح ٣٢٦) بلفظ: «كما لا بعدُ الكدره والصفرة شيئاً». ورواه النسائى وابن ماجه بنفس اللفظ، وزاد أبو داود والدارمى: «وبعد الطهر». أما زيادة المصنف هنا، قال ابن حجر: وهى زيادة باطلة. انظر: تلخيص الخبير (١٧١/١).

الحائض تقرأ خيفة النسيان، وهذا أولى.

الثالث: إذا طلقت انقضت عدتها بثلاثة أشهر، ولا يقدرُ تباعدُ حيضها إلى سن اليأس أخذًا بأسوأ الاحتمالات؛ لأنه تشديد عظيم.

الرابع: أنها تصلى وظائف الأوقات؛ لاحتمال الطهر، وتغتسل لكل صلاة لاحتمال انقطاع الدم، ثم لا تغتسل لصلاة إلا بعد دخول وقتها. والأصح أن المبادرة لا تجب عليها بعد الغسل، إذ الانقطاع لا يتكرر بعد الغسل، بخلاف الأحداث ففى حق المستحاضة.

الخامس: يجب عليها أن تصوم جميع شهر رمضان؛ لاحتمال دوام الطهر، ثم عليها أن تقضى ستة عشر يومًا؛ لاحتمال دوام الحيض خمسة عشر يومًا، وانطباقه على ستة عشر يومًا بطريانه فى وسط النهار.

وقال الشافعى، رضى الله عنه: تقضى خمسة عشر يومًا^(١)، وكأنه لم يخطر له تقدير الطريان فى وسط النهار.

السادس: إذا كان عليها صوم يوم واحد قضاء، فلا تبرأ ذمتها بيوم واحد ولا بيومين، فإنها لو عمدت إلى ستة عشر يومًا، وصامت من أولها يومًا ومن آخرها يومًا، فرمى انطبق حيض على الستة عشر بالطريان نصف النهار، وإن جعل بين اليومين خمسة عشر يومًا فطرًا، فلعلهما وقعا فى طرفى حيض، وكان الطهر فى أيام الفطر، فسيبها أن تصوم ثلاثة أيام، وتعمد إلى سبعة عشر يومًا، تصوم يومًا فى أوله وتفطر يومًا، ثم تصوم يومًا، ثم تصوم السابع عشر، فتخرج عما عليها بيقين؛ لأنه إن طرأ الحيض فى اليوم الأول انقطع قبل الآخر، وإن انقطع على الآخر لم يكن طارئًا فى الأول، وإن وقع الأول والأخير فى طرفى حيضتين، فالوسط فى نقاء بينهما.

والضبط فيه أن يقدر الشهر نصفين، وهو الدور بكماله فى تقديرنا، وتصوم يومين من أول الشهر فى النصف الأول بينهما فطر وتصوم اليوم الثالث فى النصف الأخير، وتؤخره عن أول النصف الأخير بقدر أيام الفطر بين اليومين الأولين، فإن خللت بينهما يومين، فلتصم الثالث فى الثامن عشر، وإن كان المتخلل ثلاثًا، ففى التاسع عشر، وإذا فعلت ذلك، فكيفما قدم الحيض أو أخر وقع يوم فى النقاء، فإن كان عليها قضاء يومين، فتضعف فيصير أربعة، وتزيد يومين فيصير ستة، وتصوم ثلاثة ولأ من أول النصف

الثاني، فيقع اثنان لا محالة في الظهر، إما الأول وإما الثاني، وإما من كل واحد منهما يوم. وإن كان الواجب ثلاثة أيام أو أربعة أو خمسة، فيضعف وتزيد يومين إلى أربعة عشر يوماً، فيضعف وتزيد يومين، فيصير ثلاثين، فتصوم جميع الشهر ويحصل لها أربعة عشر كما ذكرناه في شهر رمضان، فإن كان القضاء خمسة عشر فعلت بأربعة عشر يوماً ما ذكرناه، ثم لا يخفى حكم الواحد الزائد كما مضى.

السابع: إذا أدت وظائف الصلوات في وقتها، لم يلزمها القضاء، إذ الشافعي، رضي الله عنه، سكت عن قضاء الصلاة، وصرح بقضاء الصوم، مع أن القياس التسوية، ولكن لعله رأى الخرج شديداً في قضاء الصلوات.

وقال أبو زيد المروزي: لا بد من القضاء في قول الاحتياط، وسبيل قضاء الصلوات ما ذكرناه في الصوم، فإن كان عليها مائة ظهر، فتضعف وتزيد صلاتين، فتكون مائتين وصلاتين، فتأتي بالنصف وهي مائة صلاة وصلاة في أول الثلاثين في أي وقت شاءت، ثم تأتي بالنصف الآخر في أول النصف الثاني من الشهر، وهو أول السادس عشر، فتخرج عما عليها بيقين، وإنما استغنيا في الصلاة بزيادة صلاتين على الضعف؛ لأن الانقطاع في واحد لا يفيد ما مضى من الصلوات، وإن كانت الصلاة مختلفة الأجناس مثل قضاء عشرين يوماً، فهي مائة صلاة من كل جنس عشرون صلاة، فتضعف وتزيد عشر صلوات، وهي صلاة يومين وليلتين، فصلى المائة عشرين عشرين في أول الثلاثين، ثم تصلى الصلوات العشر في الخامسة عشر بعد المائة بساعة فما فوقها، ثم تترك من السادس عشر ساعة تسع صلاة، ثم تعيد المائة من الأجناس، فتبرأ ذمتها، وإنما زدنا عشر^(١)؛ لأن الانقطاع ممكن في صلاتين متماثلتين في كلا الطرفين، وكذا الطريان، وإذا فسدت الصلاتان المتماثلتان من يومين وليلتين، فسبيل قضائهما قضاء صلاة اليومين والليلتين، ووراء ما ذكرناه طرق في القضاء فصلناه في المذهب البسيط.

* * *

الباب الرابع

في المتحيرة وهي التي تحفظ شيئاً

والأصل في الباب أن كل وقت لا يحتمل الظهر فهو حيض ييقن، وكل وقت لا يحتمل الحيض فهو طهر ييقن، وإن احتمل كليهما، فإن احتمل انقطاع الدم يلزمها الغسل لكل صلاة، وإن لم يحتمل الانقطاع، فيلزمها الوضوء لكل صلاة، وتحتاط على

(١) في الأصل: عشرة، وما أثبتناه هو الصواب.

التفصيل السابق. وفصول الباب ثلاثة:

الفصل الأول

فيما إذا لم تحفظ قدر الطهر والحيض

وفيه صور أربعة:

إحداها: إذا قالت: أحفظُ أنَّ ابتداء الدم كان أول كل شهر فيومٍ وليلةٍ من أول كل شهر حيض ييقين، وبعده يحتمل الانقطاع إلى انقضاء الخامس عشر، فتغتسل لكل صلاة، وبعده إلى آخر الشهر طهر ييقين، فتتوضأ لكل صلاة.

الثانية: قالت: حفظتُ أنَّ الدم كان ينقطع آخر كل شهر فأول الشهر إلى المنتصف طهر ييقين، ثم بعده يتعارض الاحتمال، فلا يحتمل الانقطاع؛ لأن في آخره حيضاً ييقين، فتتوضأ وتصلي إلى انقضاء التاسع والعشرين واليوم الأخير بليته حيضاً ييقين.

الثالثة: قالت: كنت أخلط شهراً بشهر حيضاً بلحظةٍ من آخر الشهر الأول، ولحظةٍ من أول الشهر الثاني حيض ييقين، ثم بعده يحتمل الانقطاع إلى قبيل غروب الشمس من اليوم الخامس عشر بلحظة فتغتسل لكل صلاة، ثم لحظة من آخر الخامس عشر، ولحظة من أول السادس عشر طهر ييقين، ثم بعده إلى انقضاء التاسع والعشرين يحتمل الحيض ولا يحتمل الانقطاع فلتتوضأ لكل صلاة.

الرابعة: إذا قالت: كنت أخلط الشهر بالشهر، وكنت اليوم السادس طاهرة فلحظة من أول الشهر ولحظة من آخره حيض ييقين، ثم بعده يحتمل الحيض وانقطاعه إلى انقطاع الخامس، فتغتسل وتصلي، ثم اليوم السادس طهر ييقين إلى انقضاء الخامس عشر، ولحظة من ليلة السادس عشر، ثم بعده يحتمل الحيض، ولا يحتمل الانقطاع إلى قبيل غروب الشمس من آخر الشهر.

الفصل الثاني: في الضالة

ولها حالتان:

الأولى: أن تحفظ قدر الحيض، ولا تحفظ الأيام التي كانت فيها، فإذا قالت: أضللتُ خمسة في شهر وأحفظ أني كنت لا أخلط شهراً بشهر، فتتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء الخامس، ثم تغتسل عند كل صلاة إلى انقضاء الشهر، فإذا جاءها شهر رمضان تصوم كله، ثم تقضى خمسة، ولو قالت: أضللت خمسة في شهر وكنت اليوم الخامس حائضاً

بيقين، فتتوضأ لكل صلاة إلى انقضاء الرابع، ثم اليوم الخامس حيض ييقين، ثم تغتسل لكل صلاة إلى انقضاء التاسع، ثم هي طاهرة ييقين إلى آخر الشهر.

الحالة الثانية: أن تحفظ الأيام التي أضلتها والتي أضلت فيها، ولها صور أربعة:

أحدها: أن تقول: أضللت عشرة في عشرين من أول الشهر، فالعشر الأخير طهر ييقين، وجميع العشرين من أول الشهر يحتمل الحيض والطهر. نعم لا يحتمل الانقطاع في العشر الأول، فتتوضأ لكل صلاة، ويحتمل في العشر الثاني، فتغتسل لكل صلاة.

والضابط أنا نقدم الحيض إلى أقصى الإمكان ونؤخرها إلى أقصى الإمكان، فما يخرج من التقديرين طهر ييقين، وما يندرج تحتها حيض ييقين، وما يندرج تحت أحدهما دون الآخر، فهو مشكوك فيه. نعم لا يحتمل الانقطاع في مدة التقديم، ويحتمل في مدة التأخير.

الصورة الثانية: قالت: أضللت خمسة عشر في عشرين من أول الشهر، فالخمسـة الثانية والثالثة من الشهر حيض ييقين؛ لأنها تندرج تحت تقدير التقديم والتأخير جميعاً، ولا يحتمل الانقطاع في خمسة عشر من أول الشهر، ويحتمل في الخمسة الأخيرة من العشرين، وأما العشر الأخيرة، فهي طهر ييقين.

الصورة الثالثة: إذا قالت: أضللت عشرة في عشرين من أول الشهر، وكنت اليوم العاشر حائضاً، فليس لها حيض ييقين إلا ذلك اليوم، وأحد عشر ينتهي من آخر الشهر طهر ييقين.

الصورة الرابعة: أن تقول: كنت اليوم الخامس عشر حائضاً، فهي حائض من الحادى عشر إلى انقضاء الخامس عشر ييقين؛ لأنه داخل في التقديرين، وهذه التصورات لا حصر لها، وفي هذا القدر مَقْنَعٌ، والله أعلم.

الفصل الثالث: في العادة الدائرة

وفيه مسألتان: الأولى: إذا اتسقت عادتها، فكانت تحيض في شهر ثلاثاً، وفي الثاني خمساً، وفي الثالث سبعماء، ثم تعود إلى الثلاث، ثم إلى الخمس ثم إلى السبع وتكرر ذلك، ثم استحيضت، ففي ردها إلى العادة الدائرة وجهان، منهم من قال: لا يثبت بها عادة؛ لاختلاف المقادير، فكأنها مبتدأة إذا استحيضت، ومنهم من قال: تثبت به عادة فتزداد إليها، فإن قلنا: لا ترد إلى العادة الدائرة، فتلاثة أوجه:

أحدهما: أنها كالمبتدأة. والثاني: أنها ترد إلى القدر الأخير قبل الاستحاضة بناء على أن العادة تثبت مرة واحدة. والثالث: أنها ترد إلى الثلاثة إن استحيضت بعد الخمسة؛ لأنها متكررة في الخمسة.

الثانية: إذا كانت الأقدار ما سبق من ثلاث وخمس وسبع، ولكن لا على الاتساق. فإن قلنا: إن العادة المتسقة لا ترد إليها المستحاضة، فهذه أولى.

وإن قلنا: ترد فهذه كالتى نسبت النوبة المقدمة على الاستحاضة بالعادة الدائرة، وحكمها الاحتياط، فعليها بعد الثلاث أن تغتسل؛ لأن الثلاث حيض بيقين، ثم بعد الثلاثة تنوضاً لكل صلاة إلى انقضاء الخامس، ثم تغتسل مرة أخرى، وتنوضاً لكل صلاة إلى انقضاء السابع، ثم تغتسل، ثم هى طاهرة إلى آخر الشهر، والله أعلم.

* * *

الباب الخامس: فى التلقيق^(١)

والكلام فى قسمين: الأول: غير المستحاضة:

وهى التى انقطع دمها يوماً يوماً، ولكن انقطع على الخمسة عشر، ففيها قولان: المنصوص فى مواضع عدة^(٢)، وهو الأصح. ومذهب أبى حنيفة^(٣) أنه يسحب حكم الحيض على أيام الطهر، ويجعل ذلك كالفترات بين دفعات الدم؛ لأن الطهر الناقص فاسد كالحيض الناقص، ولكن يسحب حكم الحيض على النقاء بشرطين:

أحدهما: أن يكون النقاء محتوشاً^(٤) بدمين فى الأيام الخمسة عشر حتى يثبت لها حكم الحيض، فيتعدى إلى النقاء بينهما، حتى لو رأت يوماً وليلة دمًا وأربعة عشر نقاء،

(١) التلقيق فى اللغة مصدر (لقق)، من باب التفعيل. والمجرد: لقق الثوب يلفقه، يفتح الفاء فى الماضى وكسره فى المضارع، أى ضم إحدى شفثيه إلى أخرى فحاطهما، وأحاديث ملفقة، أى مزخرفة.

ومرادها ما أن يكون هناك خلط بين النقاء والطهر، ثم نخكم على أيام النقاء بأنها طهر، وعلى أيام الدم بأنها حيض. انظر: الوجيز مع فتح العزيز (٥٣٦/٢)، الروضة (١٦٢/١)، القاموس المحيط (٢٩٠/٣)، المصباح (٢١٦/٢) مادة (لقق).

(٢) أى مواضع عدة فى كتب الإمام الشافعى، كالألم وغيرها.

(٣) انظر: بدائل الصنائع (١٧٤/١)، حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٢٨٦/١).

(٤) احتوش: يقال: احتوش القوم بالصيد، أى أحاطوا به، وقد يتعدى بنفسه، فيقال: احتوشوه، واسم المفعول (محتوش)، وفيه احتوش الدم الطهر، أى كأن الدماء أحاطت بالطهر واكتشفه عن طرفه، فالطهر محتوش بدمين. انظر: المصباح (١٦٩/١)، القاموس (٢٨٠/٢) مادة (حوش).

ورأت في السادس عشر دمًا، فالتقاء مع ما بعده من الدم طهر؛ لأنه ليس محتوشًا بالحيض في المدة.

الشرط الثاني: في قدر الحيض المحيط بالنقاء، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا بد وأن يكون لكل دم يوم وليلة حتى يستقل بنفسه فيسرى. والثاني: أنه لا يعتبر، بل لو رأت ساعة دمًا في أول النوبة وساعة في آخر الخامس عشر كان النقاء المتخلل حيضًا.

والأعدل اختيار أبي بكر المحمودي^(١)، وهو أن يشترط أن يكون جميع الدماء الواقعة في خمسة عشر يومًا وليلة لا ينقص عنها حتى يسرى إلى النقاء حكمه^(٢).

فرع: المبتدأة إذا انقطع دمها تؤمر بالعبادة في الحال، فإذا استمر التقطع، ففي الدور الثالث لا تؤمر بالعبادة، وفي الدور الثاني يبنى على أن العادة هل تثبت بمرة أم لا؟ وفيه وجهان غريبان:

أحدهما: أنها تؤمر أبدًا عند النقاء بالعبادة، ثم إن عاد الدم تبين البطلان، فالعادة لا تؤثر في ترك العبادة مع النقاء، ولهذا إذا استحيضت هذه لم تلتقط^(٣) أيام الحيض من دورها حتى يتخللها أيام الطهر على قول التلفيق أيضًا.

الثاني: أنه إذا تكررت^(٤) التقطع في النوبة الأولى في الخمسة عشر، فتستفيد منه التوقف في العبادة؛ لأنه تكرر التقطع في هذه النوبة، وعند هذا فجميع ما يؤثر فيه العادة، وما لا يؤثر، وهو أربعة أقسام:

الأول: ما تثبت بمرة واحدة وهي الاستحاضة، فإنما في الدور الثاني نأمرها بالعبادة بعد انقضاء مدة العادة؛ لأنها عادة مزمنة إذا نزلت دامت.

الثاني: ما لا يثبت وإن تكررت العادة كالمستحاضة إذا كانت عاداتها تقطع الدم، فإنما وإن حكمنا بالتلفيق لا تلتقط من أيام الاستحاضة، وكذلك إذا ولدت ولدين وهي ذات

(١) هو أبو بكر بن محمد بن محمود المحمودي، الإمام الجليل أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه، ذكره العبادي في طبقة أبي علي الثقفى والاصطخري. قال ابن السبكي: وأنا أحسبه تمقه على أبي إسحاق المروزي المتوفى سنة (٣٤٠هـ)، من تلاميذه أبو زيد المروزي انظر: الطبقات الكبرى (٢٢٥/٣، ٢٢٦)، تهذيب الأسماء (١٩٦/١)، طبقات العبادي (ص ٦٥).

(٢) قال الرافعي والروى: أصحهما يشترط بلوغ مجموع الدماء قدر أقل الحيض. انظر: فتح العريز (٥٤٤/٢)، الروضة (١٦٤/١، ١٧٠).

(٣) يعني أنها لم تأخذ أيام حيضها، فتحسب حيضًا، وأيام نقائها، فتحسب طهرًا.

(٤) كنا بالأصل، والصواب تكرر.

جفاف، ثم استحيضت في الثالثة، فلا يصير عدم النفاس عادة، بل يقال: هذه مبتدأة في النفاس، وكذلك لو حاضت عشرًا وطهرت خمس سنين، ثم كذلك مرات، ثم استحيضت، فلا نديم طهرها إلى هذا الحد، وعند هذا يعسر ضبط مرده، فقال القفال: غاية الدور تسعون يومًا، الحيض منها خمسة عشر فما دونه، والباقي طهر؛ لأنه اكتفى في عدة الآيسة بثلاثة أشهر، فلو تصور أن يزيد الدور عليه لما اكتفى به، وهذا متعلق في هذا المضيق لا بأس به، فعلى هذا لو حاضت خمسة وطهرت خمسًا وثمانين ثبت به الدور إما مرة أو مرتين، فإن زاد المجموع على التسعين فلا.

الثالث: ما اختلف في أن العادة وإن تكررت هل تؤثر فيه كالعادة الدائرة المنتسقة وغير المنتسقة؟ والتوقف بسبب تقطع الدم، كما ذكرناه.

الرابع: ما يثبت العادة بمرتين، وفي ثبوته بالمرة الواحدة خلاف كما في قدر الحيض إن لازم أول الدورة فإن استأخر ففيه تصرف أبو إسحاق المروزي.

والقول الثاني: إنا لا نسحب حكم الحيض على النقاء؛ لأنه تغيير للحقيقة، بل نحكم باللقط والتلفيق.

والنظر على هذا القول في ثلاثة أمور:

الأول: أن مجموع الدماء في خمسة عشر لو نقص عن يوم وليلة، فلا حيض لها، وإن اكتفينا به على القول الأول؛ لأنها صارت حيضًا بانضمام الطهر إليها، فكملت المدة، وهاهنا لا تكمل.

فأما إذا كان مجموع الدماء يومًا وليلة ولكن ينقص عند آحاد الدماء، فالمذهب الصحيح أنه حيض يفرق على الطهر كما يفرق الطهر على الحيض، وعلى هذا لو كانت تحيض نصف يوم وتطهر نصف يوم، فتصلى في وقت النقاء وتترك في وقت الحيض، ولا يبقى مع هذا التقدير بأقل الحيض وأقل الطهر معنى.

النظر الثاني: في قدر النقاء، وليكن ذلك زائدًا على الفترات المعتادة بين دفعات الدم حتى يمكن أن يجعل نقاء مستقلًا.

النظر الثالث: في الغسل عند ظهور النقاء، فإن كان الدم المتقطع أقل من يوم وليلة، لم تغتسل إن قلنا: إن مجموع الدماء لو بلغ يومًا وليلة ليس بحيض، وإن قلنا: يكون حيضًا، ففي الغسل وجهان:

أحدهما: لا يجب بالشك، إذ ربما لا يعود ما يتم به حيضاً. والثاني: يجب؛ لأنه دم في زمان إمكان الحيض ولا يخرج عن كونه حيضاً إلا بخلو الخمس عشر عن دم يتممه، فلتغتسل بناءً على النقاء المشاهد.

والقسم الثاني: في المستحاضات:

وهن أربع: الأولى: المعتادة، فإذا كانت تحيض خمساً وتطهر خمساً وعشرين، فجاءها دور وأطبق الدم مع التقطع، فكانت ترى الدم يوماً وليلة والنقاء كذلك، فعلى قول السحب نُحِضُّهَا خمسة من أول الدور ولأء؛ لأن النقاء فيه محتوش بالدم، وعلى قول اللقط وجهان:

أحدهما: نُحِضُّهَا الأول والثالث والخامس؛ لأننا لا نجاوز في اللقط أيام العادة. والثاني: أنا نُحِضُّهَا خمسة كاملة، ونجاوز أيام العادة، فنضمُّ إلى ذلك السابع والتاسع، وعلى الوجهين في الدور الأول، نأمرها بأن تحيض أيام الدم إلى خمسة عشر، إذ يتصور أن ينقطع قبل الخمس عشر، فلا تكون مستحاضة، وتفرع على الوجهين صور:

إحداها: أنها لو كانت ترى دمًا يومين، ويومين نقاء، فإن التقطنا من أيام العادة حيضناها الأول والثاني والخامس، وفي الخامس وجهٌ ضعيف أنه ليس بحيض؛ لاتصاله بالسادس، وهو استحاضة، وإن جاوزنا أيام العادة كملنا الخمسة بضم السادس والتاسع إليها.

الثانية: لو كانت ترى يومين دمًا وأربعة نقاء وهكذا، فإن لم تتجاوز أيام العادة حيضناها اليومين الأولين فقط، وإن تجاوزنا كملنا الخمسة بما بعدها، وعلى السحب نُحِضُّهَا اليومين الأولين فقط؛ لأن النقاء بعده ليس محتوشًا بحيضتين.

الثالثة: إذا كانت تحيض يوماً وليلة وتطهر تسعة وعشرين فاستحيضت في دور، فكانت ترى يومًا دمًا، وليلة نقاء وهكذا، فعلى قول السحب فيه إشكال، فإن اليوم الواحد ليس بحيض كامل، والليلة ليست محتوشة بدمين في وقت الحيض، فلا يمكن تكميل اليوم به، وإن ضمنا إليه اليوم الثاني كنا جاوزنا وقت العادة، والمجاوزه على قول السحب محال. وقال أبو إسحاق: لا حيض لها لاستحالة الأقسام كلها.

وقال أبو بكر المحمودي: يعود إلى قول اللقط في هذه الصورة للضرورة، فإن شطر عمرها دم، فكيف لا نُحِضُّهَا؟.

قال الشيخ أبو محمد: يحتمل أن نسحب حكم الحيض على ليلة النقاء، ونضم اليوم

الثاني إليه، فيكون قد ازداد حيضها، وذلك أقرب من التلقيق على قول ترك التلقيق.

فأما إذا فرعنا على قول اللقط وجاوزنا أيام العادة في اللقط، فلا إشكال، فإننا نستوفي مدة العادة، وإن لم نجاوز، فلا طريق إلا مذهب المحمودى، وهو محاوزة أيام العادة، والرجوع إلى الوجه الآخر.

هذا كله كلام فى الدور الأول من استحاضة ذات التلقيق.

أما الدور الثانى إن انطبق فيه الدم على أول الدور على ترتيبه فى الأول، لم يختلف الحكم، وإن اقتضى تعاقب الحالين تراخى الدم عن أول الدور الثانى، فيتعدى نظر أبى إسحاق الرد إلى أول الدور ونظر الأصحاب إلى الدم، وبيانه بصور ذكرناها فى المذهب البسيط^(١).

المستحاضة الثانية: المبتدأة، فإذا انقطع دمها يوماً يوماً، فإذا رأت النقاء فى اليوم الثانى صامت وصلت، وهكذا تفعل مهما رأت النقاء إلى خمسة عشر، فإذا جاوز الدم ذلك فتبين أنها استحاضة وفى مردها قولان، فإن ردت إلى يوم وليلة نحيضها على قول السحب واللقط يوماً وليلة، ثم لا يلزمها إلا قضاء تسعة أيام فى رمضان؛ لأنها صامت سبعة فى أيام النقاء من جملة الشطر الأول، ولولا ذلك النقاء لما لزمها إلا ستة عشر، فإذا احتسبنا منها سبعة بقيت تسعة.

وقد نص الشافعى، رضى الله عنه، فى موضع على لزوم قضاء الصوم كله، فتحصلنا على قولين.

واختلف فى أصله، قال القفال: أصله أن المبتدأة فيما وراء المرد هل يلزمها الاحتياط إلى خمسة عشر أم لها حكم الطاهرات فنص الشافعى، رضى الله عنه، تفريعاً على الاحتياط، وذلك يجرى فى كل شهر، فلذلك قال الشافعى: وكذلك نفعل فى المستقبل. وإن رددناها إلى الغالب فالقول فى مردها كالقول فى المعتادة ستاً أو سبعمائة، وجميع التفريعات يعود.

المستحاضة الثالثة: المميزة وهى التى ترى يوماً دماً قوياً، ويوماً دماً ضعيفاً، فإن انقطع القوى على خمسة عشر وأطبق الضعيف بعده، فجعلنا الضعيف نقاء على قول اللقط، وحيضناها ثمانية أيام وعلى قول السحب حيضناها خمسة عشر يوماً؛ لإحاطة السواد بالضعيف المتخلل، فإذا استمر تعاقب السواد والحمرة فى جميع الشهر، فقد فقدت

(١) انظر هذه الصورة وتفصيلها فى فتح العزيز (٥٥١/٢ - ٥٦٢)، والروضة (١٦٧/١ - ١٧٨).

التميز؛ لفوات الشرط، فهو كما لو أطبق لون واحد، ولا تلتقط من أيام الشهر خمسة عشر يوماً سواً بالاتفاق، فلم يُجَوِّزَ أحدٌ تمريق الحيض على الطهر، وإن جوروا تمريق الطهر على الحيض، فهذا يُقوى قول السحب.

المستحاضة الرابعة: الناسية:

وفيها صورٌ: إحداها: المتحيرة التي لا تحفظ شيئاً إذا انقطع دمها يوماً يوماً، فعلى قول السحب خرج أمرها على القولين في الاحتياط، فإن أمرناها بالاحتياط، فحكمها حكم من أطبق الدم عليها إذ ما من نقاء إلا ويحتمل أن يكون حيضاً، وإنما يفارقها في أنها لا تأمرها بتحديد الوضوء في وقت النقاء؛ لأن الحدث في صورته غير متحدد، ولا بتحديد الغسل، إذ يستحيل تقدير وقوع الانقطاع في حالة انتقاء الدم، وعلى قول اللقط يغشاها زوجها في أيام النقاء، وهي طاهرة فيها في كل حكم، وأيام الدم يسلك فيها مسلك الاحتياط.

الثانية: إذا قالت: أضللت خمسة في عشرة من أول الشهر وتقطع دمها يوماً يوماً، فعلى قول السحب تنحصر حيضتها في التسعة من أول الشهر؛ لأنها تكون نقية في العاشرة، فليس محتوشاً بدمين في المدة ومع الانحصار في التسعة ليس لها حيض ييقين، وإن زاد أيام الحيض على نصف محل الضلال، بخلاف ما إذا أضلت خمسة في تسعة^(١)، وهي غير ذات التلقيق؛ لأن العشرة هاهنا محل الضلال على التحقيق، إلا أنا في تقدير التأخير نرد الخمسة إلى ثلاثة، إذ السادس نقاء، وكذا العاشر، فينتقص القدر بذلك، فنقول: ليس لها يقين حيض، وعليها الغسل في آخر الخامس، وآخر السابع والتاسع.

ومن أصحابنا من قال: نغتسل لكل صلاة في أيام الدم، إذ يتصور الانقطاع في الوسط وهو فاسد، إذ من ضرورته أن يقدر الابتداء في وسط النقاء، وهو محال، إذ كل نقاء ليس محتوشاً بحيضتين لا يجعل حيضاً على قول السحب. هذا كله على قول السحب.

فأما على قول اللقط، فإن لم يجاوز محل العادة، فلا يجاوز العشرة.

والتفريع كالتفريع على قول السحب إلا في الغسل، فإنه يجب على الخمسة الأولى، إذ كل منقطع حيض وما بعده طهر على هذا القول، فإن جاوزنا العادة، فلا بد من تحييضها خمسة، فيحتمل الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع، ويحتمل في حساب

(١) في الأصل «تسعة عشر» وهو لا يصح؛ لأن الكلام في إضلال خمسة في تسعة.

التأخير السابع والتاسع والحادى عشر، والثالث عشر، والخامس عشر، فيدخل السابع والتاسع فى الحسايين، فهما حيض ييقين، وحكم الأيام الأخيرة ما سبق.

* * *

الباب السادس: فى النفاس^(١)

والكلام فى قسمين:

الأول فى النفاء غير المستحاضة:

وفيه ثلاثة فصول:

(١) الدم الخارج من الرحم ثلاثة، الأول دم الحيض والثانى دم استحاضة، وقد سبق ذكرهما، فالأول خارج من الرحم على جهة الصحة، والثانى على جهة المرض، أما الثالث فهو دم نفاس، وهو الخارج مع الولد، وقد اختلف العلماء فى أقل النفاس وأكثره، وفى ذلك أحاديث ضعيفة أفضلها حديث مصنف، أى اختلف فى تضعيفه، وهو عن على بن عبد الأعلى، عن أبى سهل، واسمه كثير بن زياد، عن مسة الأزديّة، عن أم سلمة، قالت: كانت النفاء تجلس على عهد رسول الله ﷺ أربعين يوماً، وكنا نطلى وجوها بالورس من الكلف. رواه البغوى فى شرح السنة (١٣٦/٢)، الإمام أحمد فى المسند (٣٠٣/٦)، الألبانى فى إرواء الغليل (٢٢٢/١)، بألفاظ متقاربة.

قال الشوكانى: الحديث أخرجه أيضاً الدارقطنى والحاكم، وعلى بن عبد الأعلى ثقة، وأبو سهل وثقه البخارى وابن معين، وضعفه ابن حبان. ومسة الأزديّة بمجولة الحال. قال النووى: قول جماعة من مصنفى الفقهاء إن هذا الحديث ضعيف مردود عليهم وله شاهد.

قال الشوكانى: قال الحاكم بعد إخراجهم فى مستدركه: إنه صحيح الإسناد. وقال الخطابى: أننى البخارى على هذا الحديث. انتهى بتصرف. والحديث أخرجه أيضاً الحاكم (١٧٥/١)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٣٤١/١)، والدارقطنى فى سننه (٣٤١/١) ح (٧٦)، وأبو داود فى مسنه (٢١٧/١)، والترمذى فى سننه (٢٥٦/١) ح (١٣٩)، وقال. هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث أبى سهل، عن مسة الأزديّة، عن أم سلمة.

هذا أصح ما فى الباب، وله شواهد من حديث أنس، وعثمان بن أبى العاص، وعبد الله بن عمرو، وجابر، وعائشة، وأبى الدرداء، وأبى هريرة، وورد موقوفاً عن ابن عباس، وورد مرفوعاً عن عائذ بن عمرو، وعمر بن الخطاب، وكلها لا تخلو من مقال.

انظر: نيل الأوطار (٢٨٢/١)، شرح الشيخ أحمد شاكى على الترمذى (٢٥٧/١)، نصب الرأية (٢٠٥/١)، خلاصة البدر المنير (٨٣/١)، الزوائد (٢٣٢/١)، التقريب (٢٧٤/١)، المحروحين لابن حبان (٢٤٥/١).

الفصل الأول: في قدر النفاس

وأكثره ستون يوماً، وأغلبه أربعون يوماً، وأقله لحظة. والتعويل فيه على الوجود.
وقال المزني: أقله أربعة أيام؛ لأن أكثره مثل أكثر الحيض أربع مرات.

الفصل الثاني: في الدم قبل الولادة

ولا شك أن الحامل قد ترى الدم على أدوار الحيض، وهل له حكم الحيض؟
ففيه قولان مع القطع بأنه لا يتعلق به مضى العدة.

فإن قلنا: إنه حيض، فلو كانت تحيض خمساً وتطهر خمساً وعشرين، فحاضت
خمسيتها وولدت قبل مضى خمسة عشر من بعد الحيض، فما بعد الولادة نفاس، ونقصان
الطهر قبله لا يقدح فيه، أما تلك الخمسة، فهل تنعطف عليها؟

الأصح أنه لا تنعطف؛ لأن تَحُلَّالَ الولادة أعظم من الفصل بين الدمين من تخلل طهر
كامل، ولو اتصلت الولادة بآخر الخمس وجعلناها حيضاً، فلا نعدّها من النفاس، ولا
نقول: هو نفاس سبق، وكذلك إذا بدت محائل^(١) الطلق، فظهر الدم قبل الولادة، وفي
هذه الصورة وجه أنه من النفاس وهو بعيد.

نعم ظهر اختلاف الأصحاب فيما ظهر مع ظهور الولد قبل انفصاله، هل يثبت له
حكم النفاس؟

الفصل الثالث: في الدم بين التوأمين

وفيه وجهان، أحدهما أنه نفاس؛ لأنه على أثر الولد الأول.

والثاني: أنه كدم الحامل؛ لأنه قبل فراغ الرحم إلا أنه أولى بأن يجعل حيضاً، فإن قلنا:
إنه نفاس فما بعد الولد الثاني أيضاً نفاس، ولكنهما نفاسان أو نفاس واحد في حكم
المقدار؟ فيه وجهان، أحدهما أنه نفاسان.

وإن قلنا: إنه نفاس واحد، فلو تمادى ما بعد الأول ستين يوماً. قال الصيدلاني^(٢): ما

(١) محائل، أى ما يشبه وجع الولادة، بحيث يظن أنها من آلام الولادة. انظر: القاموس (٣/٣٨٣) مادة (حال).

(٢) هو محمد بن داود بن محمد الداودي أبو بكر الصيدلاني، شارح مختصر المزني، تتلمذ على الإمام
أبي بكر القفال المروزي، كان إماماً جليل القدر، عظيم الشأن، من أئمة أصحاب الوجوه
الخراسانيين ومن عظماء تلامذة القفال المروزي. وذكره ابن السبكي في الطبقة الرابعة. انظر: -

بعد الولد الثاني ينقطع عنه بالاتفاق، فيكون نفاساً مفرداً^(١).

القسم الثاني: في النفساء المستحاضات:

وهن أربع:

الأولى: المعتادة

فإذا ولدت مرة أو مرتين ونفست أربعين يوماً، فإذا استحيضت رددناها إلى الأربعين، فما بعد ذلك دم فساد إلى أن تعود إلى أدوارها في الحيض، فتكملُّ بعد الأربعين طهرها المعتاد، فقدر النفاس كحيضة، ولو ولدت مرات وهي ذات جفاف، ثم ولدت واستحيضت، فهي كالمبتدأة، وعدم النفاس لا يثبت لها عادة.

الثانية: المبتدأة إذا استحيضت

ترد إلى لحظة على قول، أو إلى الأربعين. وقال المزني: ترد المبتدأة إلى أكثر النفاس، وهو تحكم.

الثالثة: المميزة

فيحري منها ما يحري في الحائض، إلا أن الستين في هذا المقام بمثابة خمسة عشر في أدوار الحيض، فلا ينبغي أن يزيد الدم القوى عليه.

فرع: المميزة إذا رأت يوماً وليلة سواداً، ثم استمرت الحمرة سنة فصاعداً، فقياس التمييز أنها طاهرة في الجميع، ويحتمل أن لا تخلو كل تسعين يوماً من حيض تلقياً مما ذكره القفال.

الرابعة: المتحيرة إذا نسيت عاداتها في النفاس

فعلى قول ترد إلى الاحتياط، وعلى قول إلى المبتدأة كما في الحيض، والرد هاهنا إلى المبتدأة أولى؛ لأن أول وقته معلوم بالولادة.

^(١) طبقات ابن السبكي (٤/١٤٨، ٥/٣٦٤)، طبقات ابن هداية الله (ص ٥٢)

(١) قال النووي: قال الصيدلاني: موضع الوجهين إذا كانت المدة المتخللة بين الدمين ستين يوماً. وقال الشيخ أبو محمد: لا فرق. ثم قال: والأصح قول الصيدلاني. قال إمام الحرمين: قال الصيدلاني: اتفق أئمتنا في هذه الصورة أنها تستأنف بعد الولد الثاني نفاساً إذا كان بينهما ستون، واختار إمام الحرمين هذا، وضعف قول والده أبي محمد. انظر: الروضة (١/١٧٦)، فتح القدير (٢/٥٨٣).

فروع: إذا انقطع الدم على النفساء عاد الخلاف في التلقيق، فلو طهرت خمسة عشر يوماً، ثم عاد الدم، ففي العائد وجهان:

أحدهما: أنه نفاس؛ لوقوعه في الستين. والثاني: أنه حيض. قال الصيدلاني: هذا الخلاف فيه إذا لم يجاوز العائد ستين، فإن جاوز قطعنا بأنه حيض.

التفريع: إن قلنا: إن العائد نفاس، ورأينا ترك التلقيق، فالأشهر أن مدة النقاء حيض، وإن بلغ خمسة عشر، ومنهم من قال: تستثنى هذه الصورة على قول السحب، إذ يعد تقدير مدة كاملة في الطهر حيضاً. وعليه يخرج ما إذا ولدت ولم تر الدم إلى الخمسة عشر في أن الدم الواقع في الستين هل هو نفاس أم لا؟ والله أعلم.

* * *

كتاب الصلاة^(١)

وفيه سبعة أبواب:

قال الله تعالى: ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(٢)، وقال النبي ﷺ: «بنى الإسلام على خمس...»^(٣)، وقال: «الصلاة عماد الدين، فمن تركها فقد هدم الدين»^(٤).

(١) قال النووي في شرح مسلم: اختلف العلماء في أصل الصلاة، فقيل: هي الدعاء لاشتمالها عليه، وهذا قول جماهير أهل العربية والفقهاء وغيرهم. وقيل: لأنها ثابته لشهادة التوحيد، كالمصلّي من السابق في تحيل الخلية. وقيل: هي من الصلوتين، وهما عرقان مع الردف، وقيل: هما عظمان. وقيل: هي من الرحمة. وقيل: أصلها الإقبال على الشيء. وقيل غير ذلك. انتهى. وفي المعجم الوسيط: الصلاة الدعاء. يقال: صَلَّى صلاةً، ولا يقال: نصلياً. والعبادة المخصوصة المبينة حدود أوقاتها في الشريعة، والرحمة، وبيت العبادة لليهود، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْجَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا﴾ [الحج: ٤٠].

أما اصطلاحاً: فعند الحنفية أركان مخصصة، وأذكار معلومة بشرائط محصورة في أوقات مقدورة. وعند الشافعية أقوال وأفعال مفتوحة بالتكبير، محتزمة بالتسليم. وعند الحنابلة أقوال وأفعال مخصصة، مفتوحة بالتكبير، محتزمة بالتسليم. فرضت ليلة الإسراء قبل الهجرة بقليل، وأول ما فرضت فرضت خمسين صلاة في اليوم والليلة، فما زال ﷺ يطلب التخفيف من ربه حتى جعلها خمسين في الفعل والعمل، وخمسين في الأجر والثواب كما ثبت هذا في خبر ليلة الإسراء، ودليل وجوبها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾، فنفظ: ﴿أَقِمُوا﴾ فعل أمر، والأمر للوجوب، هذا عند الجمهور. أما عند الأحناف، فهي فرض لنفس الدليل، والفرض والواجب سواء عند الجمهور، ومنكر الواجب عندهم كافر، وفرق الأحناف بين الفرض الذي ثبت قطعياً، وبين الواجب الذي ثبت ظنيّاً، ومنكر الأول كافر والثاني فاسق.

انظر: المدخل الأصولية (كتاب لنا)، نيل الأوطار (٢٨٤/١)، الاختيار (٣٧/١)، فتح الوهاب (٢٩/١)، المبدع (٢٩٨/١)، المعجم الوسيط (٥٢٢/١)، لسان العرب (٢٤٩٠/٤، ٢٤٩١)، تهذيب اللغة (٢٣٦/٢، ٢٣٧)، ترتيب القاموس (٨٤٧/٢).

(٢) تكرر هذا الأمر في غير موضع من كتاب الله، ففي سورة البقرة من الآيات (٤٣، ٨٣، ١١٠)، وفي النساء من الآية (٧٧)، وسورة النور من الآية (٥٦).

(٣) روى هذا الحديث بالفاظ ذكر فيها لفظ غير «الخمس»، فروى: «على أربعة أركان»، وروى «على ثمانية أسهم»، وروى: «على ثلاث، ثلاثة»، وروى: «على حصال». أما ما روى مقيد بلفظ: «خمس»، فروى بالفاظ ثلاثة: الأول: «بنى الإسلام على خمس، شهادة أن لا إله إلا الله، وإقام الصلاة». أخرجه البخاري في صحيحه (٩/١)، ومسلم في صحيحه كتاب الإيمان (٢٠)، (٢١)، والترمذي (٢٦٠٩)، وأحمد في المسند (٢٦/٢، ٩٣، ١٢٠٠، ٣٦٣/٤، ٣٦٤)، =

وافترض الصلوات الخمس بجمع عليها. وقد كان التهجد بالليل واجباً في ابتداء الإسلام فتنسخ، إلا في حق رسول الله ﷺ^(١).
والنظر في الصلاة تحصره أبواب.

الباب الأول: في المواقيت^(٢)

وفيه ثلاثة فصول:

«والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٨/١، ٨١/٤، ١٩٩)، والطبراني في الكبير (٣٧١/٢، ١٢/١٧٤، ٣٠٩، ٣١٢)، وابن خزيمة في صحيحه (٣٠٨، ٣٠٩) وغير ذلك.
الثاني بلفظ: «بنى الإسلام على خمس، على أن يعبد الله ويكفر بما دونه». أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان (٢٠). الثالث بلفظ: «بنى الإسلام على خمسة، على أن يوحد الله، وإقام الصلاة». أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإيمان (١٩)، وروى أيضاً هذا الحديث بلفظ: «بنى الدين على النظافة»، وليس هنا موضعه.
(٤) ورد هذا الحديث بلفظين:

الأول: «الصلاة عماد الدين». أورده ابن حجر في الكافي الشافى في تخريج أحاديث الكاشف (٤)، والسيوطى في الدرر المنتشرة في الأحاديث المشتهرة للسيوطى (١٠٤).
الثاني: «الصلاة عمود الدين». أورده الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٩/٣، ٣٩٣/٨)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٧٣/١)، والمتقى الهندي في كنز العمال (١٨٨٩٠)، والعجلوسى في كشف الخفا (٤٠/٢).
وورد بمعناه بلفظ: «رأس الأمر كله الإسلام، وعموده الصلاة»، ولفظ: «رأس الأمر الإسلام، وعموده الصلاة». أخرجه أحمد في المسند (٢٣١/٥)، والترمذى في سننه (١٣/٥)، وقال: حديث صحيح.

قال ابن حجر: قال النووي في التنقيح: هو منكر باطل، يعنى حديث: «الصلاة عماد (عمود) الدين»، وليس كذلك، بل رواه أبو نعيم شيخ البخارى في كتاب الصلاة، عن حبيب بن سليم، عن بلال بن يحيى، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله، فقال: «الصلاة عمود الدين»، وهو مرسل رجاله ثقات. انتهى.

(١) والمشهور أنه نسخ في حق الأمة، وفيه إجماع، أما في حق رسول الله ﷺ، ففيه وجهان، أحدهما ما ذكره المصنف، والصحيح أنه، أى قيام الليل، منسوخ في حق الأمة وفى حقه ﷺ. وذكر ابن حجر في شرحه لصحيح البخارى، قال: لم يورد المصنف في سورة المزمل حديثاً مرفوعاً، وقد أخرج مسلم حديث سعيد بن هشام، عن عائشة فيما يتعلق بها بقيام الليل، وقولها فيه: «فصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضته». انظر: فتح البارى (٦٧٦/٨).

(٢) مواقيت: جمع ميقات، الوقت المضروب للفعل، والموعود الذى جعل له وقت، والموضع الذى جعل للشيء يفعل عنده. انظر: المعجم الوسيط (١٠٤٨/٢).

الأول: في وقت الرفاهية للصلوات الخمس

والأصل فيه ما رواه ابن عباس^(١) عنه عليه السلام، أنه قال: «أُمنى جبريل، عليه السلام، عند باب البيت مرتين، فصلى بي الظهر حين زالت الشمس، وصلى بي العصر حين كان ظل كل شيء مثله، وصلى بي المغرب حين أظفر الصائم، وصلى بي العشاء حين غاب الشفق، وصلى بي الفجر حين حرم الطعام والشراب على الصائم، ثم عاد فصلى بي الظهر حين صار ظل كل شيء مثله، وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه، وصلى بي المغرب كصلاته بالأمس، وصلى بي العشاء حين ذهب ثلث الليل، وصلى بي الصبح حين كاد حاجب الشمس يطلع، ثم قال: يا محمد، الوقت ما بين هذين»^(٢).

فينبأ بصلاة الظهر تأسيًا بجبريل، عليه السلام، ويدخل وقتها بالزوال، وهو عبارة عن ظهور زيادة الظل في جانب المشرق بعد مراجعة من جانب المغرب، فإذا صار ظل الشخص مثله من موضع الزيادة، خرج وقت الظهر، ودخل وقت العصر، وتبادى إلى غروب قرص الشمس.

وللظهر وقتان: وقت الفضيلة، وهو أوله، ووقت الاختيار بعد ذلك إلى آخره.

وللعصر أربعة أوقات: وقت الفضيلة في الأول، ووقت الاختيار بعده إلى أن يصير

(١) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي أبو العباس الهاشمي، ابن عم رسول الله ﷺ، حبر هذه الأمة، ومفسر كتاب الله وترجمته، روى عن رسول الله ﷺ كثيرًا، وعن جماعة من الصحابة، وأخذ عنه خلق من الصحابة وأمم من التابعين، توفي سنة (٦٨هـ). انظر ترجمته في: البداية والنهاية (٢٩٥/٨).

(٢) روى هذا الحديث بألفاظ متعددة، منها ما ذكره المصنف، أورده ابن حجر في تلخيص الخبير (١٧٣/١)، والبيهقي في شرح السنة (٥٩٢/١)، والشافعي في مسنده (٢٦)، والطبراني في الكبير (٣٧٦/١٠)، وورد بلفظ آخر عند أحمد في المسند (٣٣٣/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٦٤/١)، (٣٦٦، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٧، ٤٤٦)، والحاكم في المستدرک (١٩٦/١)، والألباني في إرواء الغليل (٢٦٨/١)، والدارقطني (٢٥٧/١)، وابن خزيمة في صحيحه (٣٢٥).

وروى بلفظ: «أُمنى جبريل في الصلاة، فصلى الظهر». وأخرجه أحمد في المسند (٣/٣)، والطبراني في الكبير (٤٥/٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٣٢/٨). وروى بلفظ رواه جابر بن عبد الله، قال: إن النبي ﷺ جاءه جبريل، عليه السلام، فقال له: قم فصل، فصلى... الحديث. رواه أحمد (٣٣٠/٣)، والنسائي (٢٥٥/١)، والحاكم (١٩٥/١)، والترمذي (٢٨١/١) - (٢٨٣)، وقال: حسن صحيح غريب.

الظل مثليه، وهو منتهى بيان جبريل، ووقت الجواز بعده إلى الاصفرار، ووقت الكراهية عند الاصفرار.

ودليل الزيادة على بيان جبريل قوله عليه الصلاة والسلام: «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر»^(١). وذهب الإصطخري^(٢) إلى أن الوقت لا يزيد على بيان جبريل.

فإن قيل: صلى جبريل العصر في اليوم الأول حين صلى فيها الظهر في اليوم الثاني، فليثبت اشتراك بين الوقتين. قلنا: ذهب مالك إلى أن مقدار أربع ركعات مشترك.

وحمل الشافعي، رضي الله عنه، قوله ﷺ: «صلى العصر» على انطباق ابتدائه في المثل الأول، وقوله: «صلى الظهر»، على انطباق التحلل عليه، كما يقال: بلغ البلد، إذا دخلها، وبلغ، إذا قاربها^(٣).

فأما المغرب، فيدخل وقته بغروب الشمس، ويعلم في قليل الجبال بإقبال الظلام وانهماز الضوء، وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا أقبل الليل من هاهنا وأدبر النهار من

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (المساجد ١٦٣)، والبخاري في صحيحه (١٥١/١)، ومالك في الموطأ (٦)، والبيهقي (٣٦٨/١، ٣٧٩، ٣٨٦)، وابن حبان (٢٨٣)، والشافعي في المسند (٢٧)، والألباني في إرواء الغليل (٢٧٣/١)، والساعاتي في بدائع المنن (١٤٣).
ورواه بلفظ: «من أدرك ركعة من الفجر»، الترمذي (١٨٦)، والنسائي (٢٧٣/١)، وابن ماجه (٦٩٩، ٧٠٠)، وابن حبان (٢٨٣)، والخطيب في تاريخه (٤٥٥/٨)، ورواه مطلقاً دون تقييد بفرض منها بلفظ: «من أدرك ركعة من الصلاة»، مسلم (٤٢٣)، وابن عبد البر في التمهيد (٦٤/٧)، وأبو داود (الجمعة ب ٣٤)، ومالك في الموطأ (١٠٥)، والبيهقي (٣٨٧/٢، ٢٠٢، ٢٠٣).

(٢) الإصطخري، بكسر الهمزة وسكون الصاد وفتح الطاء وسكون الخاء. هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى، فقيه شافعي، ولد سنة (٢٤٤هـ)، كان من نظراء ابن سريج، ولي قضاء قم، ثم حمية بغداد، واستقضاها الخليفة المقتدر على سحستان. من مصنفاته: القضاء وأدب القضاء، والفرائض الكبير، وغير ذلك. توفي سنة (٣٢٨هـ)، روى عنه ابن شاهين، والدارقطني وغيرهما. انظر: البداية والنهاية (١٩٣/١١)، طبقات الشافعية (٢٣٠/٣)، الأعلام للزركلي (١٧٩/٢).

(٣) بلغ الشجر بلوغاً وبلاغاً: حان إدراك ثمره، والغلام أدرك، والأمر وصل إلى عايته، ومه: «حكمة بالغة» [القمر: ٥]، وبلغ الشيء بلوغاً، وصل إليه. انظر: المعجم الوسيط (٦٩/١) مادة (بلغ).

هاهنا، فقد أفطر الصائم»^(١)، وأشار إلى المشرق والمغرب.

ثم في وقت المغرب قولان:

أحدهما: أنه يمتد إلى غروب الشفق، وإليه ذهب أحمد بن حنبل؛ لما روى أنه، عليه الصلاة والسلام، صلى المغرب عند اشتباك النجوم^(٢).

والثاني: أنه إذا مضى بعد الغروب وقت ضوء وأذان وإقامة، وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت؛ لأن جبريل صلى في اليومين في وقت واحد، وعلى هذا لا بأس بتناول لقمة أو لقمتين يسكن بها سورة الجوع.

فرع: لو شرع في الوقت ومده حتى مضى هذا القدر، فإن قلنا: إن مثل هذه الصلاة مقضية في غير المغرب، ففي المغرب وجهان:

(١) روى هذا الحديث بلفظين، الأول ما ذكره المصنف، أخرجه البخاري في صحيحه (٤٦/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٦/٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (١٩٨٥)، والبيهقي في شرح السنة (٢٥٩/٦)، والمتقي الهندي في كنز العمال (٢٣٨٧٦)، والعراقي في المغني عن حمل الأسفار (١٩٥/١)، والسيوطي في الدر المنثور (٢٠٠/١)، والطبري في الكبير (١٠٣/٢)، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٣٥٢/٣). ورواه بلفظ: «إذا أقبل الظلام من هاهنا، ابن حجر في تلخيص الحبير (١٧٥/١).

الثاني رواه من غير لفظ: «هاهنا» الترمذي (٦٩٨)، وأحمد (٣٥/١)، والدارمي (٧/٢)، والبيهقي (٢٣٧/٤).

(٢) هذا الحديث باطل لا أصل له. قال النووي: إن الشيعة استدلوا بهذا الحديث على أنه لا يدخل وقت المغرب حتى تشتبك النجوم، وهذا الحديث باطل لا يعرف ولا يصح، ولو نقل لكان معمولاً على أنه ﷺ صلاها كذلك مرة لبيان الجواز. انتهى. انظر: المجموع (٣٨/٣). قلت: وفي الباب أحاديث صحيحة تغني عن هذا، منها: «وقت المغرب ما لم يغب الشفق»، أخرجه البيهقي (٣٦٦/١)، وأبو عوانة في المسند (٣٧١/١)، ولفظ: «ما لم يسقط نور الشفق»، البيهقي (٣٦٧/١)، وأبو عوانة (٣٧١/١)، وابن عبد البر في التمهيد (٨٢/٨).

وروى أيضاً حديث خلاف ما ذكر المصنف، عن الإمام أحمد، وهو: «لا تزال أمتي بخير، أو على الفطرة، ما لم يухروا المغرب». أخرجه أبو داود (٤١٨)، وابن ماجه (٦٨٩)، وأحمد (١٤٧/٤)، والحاكم (١٩٠/١)، والبيهقي (٣٧٠/١)، والطبراني في الكبير (٢١٨/٤)، ورواه بدون شك بلفظ: «على الفطرة»، أحمد (٤٢٢/٥)، والسيوطي في الدر المنثور (٣٠٠/١)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٩٦٨/٣)، والمتقي الهندي في كنز العمال (١٩٤١٥)، والألباني في السلسلة الصحيحة (١٩١٥).

أحدهما: أنه مؤداة؛ لما روى أنه، عليه الصلاة والسلام، «قرأ سورة الأعراف في المغرب»^(١)، فدل أن آخره غير مقدر.

فأما العشاء، فيدخل وقته بغيوبة الشفق، وهي الحمرة دون الصفرة، والبياض الذي

(١) روى الحديث بلفظ: «كان يقرأ في المغرب بسورة الأعراف»، أبو نعيم في تاريخ أصبهان (١٤٣/١)، ولفظ: «كان يقرأ في المغرب بطولي الطولين»، السيوطي في الدر المنثور (٦٧/٣)، والبحاري (٢٨٧/٢) (ح ٧٦٤)، وأبو داود (٢١٣/١، ٢١٤)، والترمذي (١١٢/١، ١١٣)، والنسائي (١٦٩/٢)، وروى بغير ذلك من السور، ولكنها ليست موضع استدلال المصنف هنا، فالمسك عنها أول.

والحاصل: قال الشوكاني: والحديث يدل على أن وقت المغرب يدخل عند غروب الشمس وهو مجمع عليه، وأن المسارعة بالصلاة في أول وقتها مشروعة. وقد اختلف السلف فيها، هل هي ذات وقت أو وقتين؟ فقال الشافعي: إنه ليس لها إلا وقت واحد، وهو أول الوقت، هذا هو ما نص عليه في كتبه القديمة والجديدة، ونقل عنه أبو ثور أن لها وقتين الثاني منهما ينتهي إلى مغيب الشفق.

قال الزعفراني: وأنكر هذا القول جمهور الأصحاب، ثم اختلف أصحاب الشافعي في المسألة على طريقين، أحدهما القطع بأن لها وقتاً فقط. والثاني على قولين أحدهما هذا، والثاني يمتد إلى مغيب الشفق، وله أن يبدأ بالصلاة في كل وقت من هذا الزمان.

قال النووي: وهو الصحيح. وقد نقل أبو عيسى الترمذي عن العلماء كافة من الصحابة فمن بعدهم كراهة تأخير المغرب، وتمسك القائل بأن لها وقتاً واحداً بحديث جبريل السابق، وقد ذكرنا كيفية الجمع بينه وبين الأحاديث الفاضية بأن للمغرب وقتين في باب أول وقت العصر. وقد اختلف العلماء بعد اتفاقهم على أن أول وقت المغرب غروب الشمس في العلامة التي يعرف بها الغروب، فقليل: بسقوط قرص الشمس بكماله، وهذا إنما يتم في الصحراء، وأما في العمران فلا. وقيل: برؤية الكوكب الليلي، وبه قالت القاسمية، واحتجوا بقوله: «حتى يطلع الشاهد، والشاهد النجم». أخرجه مسلم والنسائي من حديث أبي بصرة. وقيل: ببل بالإظلام، وإليه ذهب زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد بن عيسى وعبد الله بن موسى والإمام يحيى؛ للحديث: «إذا أقبل الليل من هاهنا وأدبر النهار من هاهنا فقد أفطر الصائم»، متفق عليه. ولما في حديث جبريل من رواية ابن عباس بلفظ: «فصلى بي حين وجبت الشمس وأفطر الصائم»، ولحديث الباب وغير ذلك.

قال النووي في شرح مسلم: إن تعجيل المغرب عقيب غروب الشمس مجمع عليه. قال: وقد حكى عن الشيعة فيه شيء لا التفات إليه ولا أصل له، وأما الأحاديث الواردة في تأخير المغرب إلى قرب سقوط الشفق، فكانت لبيان جواز التأخير، وقد سبق إيضاح ذلك؛ لأنها كانت جواباً للسائل عن الوقت، وأحاديث التعجيل المذكورة إخبار عن عادة رسول الله ﷺ المتكررة التي واظب عليه إلا لعذر، فلا اعتماد عليها. انتهى بتصرف قليل من نيل الأوطار للشوكاني (٢/٢)، (٣).

يزول بعد الحمرة، ثم يمتد وقت الاختيار إلى ثلث الليل على قول؛ لبيان جبريل، عليه السلام، وإلى النصف على قول؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة، ولأخرت العشاء إلى نصف الليل»^(١)، فيدل ذلك على الاستحباب.

فأما الصبح: فيدخل وقته بطلوع الفجر الصادق، ويتمادي وقت اختياره إلى الإسفار، ووقت جوازه إلى الطلوع، ولا نظر إلى الفجر الكاذب، وهو يبدو مستطيلاً ثم يتمحق، ويبدو الصادق مستطيراً، ثم لا يزال الضوء يزداد، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يغرنكم الفجر المستطيل، وكلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير»^(٢).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥/٢، ٤٠/٣، ١٠٦/٩)، ومسلم كتاب الطهارة باب (١٥) رقم (٤٢)، وأبو داود (٤٦، ٤٧)، والترمذي (٢٢، ٢٣)، والنسائي (١٢/١)، وابن ماجه (٢٨٧)، وأحمد (٢٢١/١، ٣٦٦، ٢٤٥/٢، ٢٥٠، ٢٨٧، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤١٠، ٤٢٩، ٤٣٣، ٤٦٠، ٥٠٩، ٥١٧، ١١٦/٤، ٤١٠/٥، ٣٢٥/٦، ٤٢٩)، والبيهقي (٣٥/١)، والطبراني في الكبير (٢٨٠/٥، ٣٧٥/١٢، ٤٣٥)، وابن حبان (١٤٢).

وهذا الحديث يدل على استحباب تأخير صلاة العشاء عن أول وقتها. وقد اختلف العلماء، هل الأفضل تقديمها أم تأخيرها؟ وهما مذهبان مشهوران للسلف وقولان لمالك والشافعي، فذهب فريق إلى تفضيل التأخير محتجاً بما روى في جواز التأخير، منها الحديث الذي أورده المصنف، ومنها حديث جابر بن سمره: «كان رسول الله ﷺ يؤخر العشاء الأخيرة»، رواه أحمد ومسلم والنسائي. وحديث البخاري: «كانوا يصلون العنقة فيما بين أن يغيب الشفق إلى ثلث الليل الأول»، وغيرها.

وذهب فريق آخر إلى تفضيل التقديم محتجاً بأن العادة الغالبة لرسول الله ﷺ هي التقديم، وإنما أخرها في أوقات يسيرة؛ لبيان الجواز والشغل والعذر، ولو كان تأخيرها أفضل لواطب عليه، وإن كان فيه مشقة. ورد بأن هذا إنما يتم لو لم يكن منه ﷺ إلا مجرد الفعل لها في ذلك الوقت، وهو ممنوع لورود الأقوال فيما ورد من الأحاديث، وفيها تنبيه على أفضلية التأخير، وعلى أن ترك المواظبة عليه أفضل لما فيه من المشقة، كما صرح بذلك الأحاديث، وأفعاله ﷺ لا تعارض هذه الأقوال. وأما ما ورد من أفضلية أول الوقت على العموم، فأحاديث ههنا الباب خاصة، فيجب بناؤه عليها، وهذا لا بد منه.

انظر: نيل الأوطار (١٠/٢)، البخاري (٥١/٢) كتاب مواقيت الصلاة ح (٥٧٢)، مسلم (٤٤٣/١) ح (٦٤٠/٢٢٢)، أحمد (٥/٣، ٢٥٠/٢)، الترمذي (٣١١، ٣١٠/١) ح (١٦٧)، ابن ماجه (٢٢٦/١) ح (٦٩١).

(٢) روى هذا الحديث بألفاظ كثيرة، منها ما ذكره المصنف، وأورده ابن حجر في تحصيل الحبيب (١٧٧/١)، ويلفظ: «لا يغرنكم من سحوركم أذان بلال ولا بياض الأفق المستطيل»، أخرجه مسلم (٧٠)، والبيهقي (٣٨٠/١، ٢١٥/٤)، والطبراني في الكبير (٢٨٦/٧)، ولفظ: «ولا»

فرع: لا يقدم أذان صلاة على وقتها إلا أذان الصبح.

قال سعد القرظي: كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ في الشتاء لسُبُع بقي من الليل، وفي الصيف لنصف سُبُع^(١).

وقيل: إذا خرج وقت اختيار العشاء دخل وقت أذان الصبح، وهو بعيد. ثم الأولى أن يؤذن مؤذنان، أحدهما قبل الصبح، والآخر بعده. ولو اقتصر على ما قبل الصبح أجزأه.
قواعد ثلاثة:

= يغرنكم أذان، أو نداء، بلال، ولا هذا، مسلم الصيام باب (٨) رقم (٤٢، ٤٣، ٤٤).
(١) الحديث أخرجه عن سعد القرظ، وليس القرظي. البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٤١٥) بنقل قريب من هذا، وأورده ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٥٧). وذكره الشوكاني على أنه مذهب الجويني، دون أن يذكر أنه حديث. قال: وقيل: يشرع للسُبُع الأخير في الشتاء، وفي الصيف لنصف السُبُع، قاله الجويني.
قال ابن رشد: اتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها، ما عدا الصبح، فإنهم اختلفوا فيها وذكر المخالفين وأقوالهم، ثم قال: والسبب في اختلافهم أنه ورد في ذلك حديثان متعارضان، أحدهما الحديث المشهور الثابت، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إن بلالاً ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم»، وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى لا ينادي حتى يقال له: أصبحت أصبحت. والثاني: ما روى عن ابن عمر، أن بلال أذن قبل طلوع الفجر، فأمره النبي ﷺ أن يرجع فينادي: «ألا إن العبد قد نام»، وحديث الحجازيين أثبت، وحديث الكوفيين أيضاً.

ورجح الحجازيون حديث بلال، وجمع الحديثين الكوفيون، وتناولوا في بلال تأويلات في بصره، واستدلوا بحديث عائشة، أنها قالت: لم يكن بين أذانيهما إلا بقدر ما يهبط هذا ويصعد هذا. الحديث الأول أخرجه البخاري (٩٩/٢) (ح ٦١٧)، ومسلم (ح ١٠٩٢/٣٦)، ومالك (٧٤/١)، والترمذي (٣٩٢/١)، والنسائي (١٠/٢) ح (٦٣٨)، وأحمد (١٢٣/٢)، وابن خزيمة (٢٠٩/١). والحديث الثاني أخرجه أبو داود (ح ٥٣٢)، والدارقطني (٢٤٤/١) ح (٤٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٩/١)، والبيهقي (٣٨٢/١) وله طرق أخرى. والحديث الثالث أخرجه النسائي (١٠/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٨/١)، والبخاري (ح ١٩، ٨، ١٩١٩).

قال الشوكاني: اتفق أهل العلم في الرجل يؤذن ويقيم غيره أن ذلك جائز، واختلفوا في الأولوية، فقال أكثرهم: لا فرق، والأمر متسع، ومن رأى ذلك مالك وأكثر أهل الحجاز وأبو حنيفة وأكثر أهل الكوفة وأبو ثور. وقال بعض العلماء: من أذن فهو يقيم. قال الشافعي: وإذا أذن الرجل أحبيت أن يتولى الإقامة. انظر: نيل الأوطار (٤٨/٢، ٤٩)، بداية المجتهد لابن رشد (١٦٢/٢ - ١٦٦).

الأولى: تجب الصلاة عندنا بأول الوقت وجوباً موسعاً^(١)، خلافاً لأبي حنيفة. ثم لو مات في أثناء الوقت قبل الأداء، هل يلقي الله عاصياً؟ فيه وجهان.

ولو أدى في آخر الوقت ووقع بعضه خارج الوقت، فهي مؤداة نظراً إلى ابتدائها على وجه، ومقضية نظراً إلى تمامها على وجه، والواقع في الوقت مؤدى، والباقي قضاء على وجه ثالث.

فإن جعلناه قضاء لم يجز التأخير إليه قصدًا، ولم يمتنع صحته بنية الأداء، كالمحبوس إذا اجتهد في الوقت ونوى الأداء، فكان في غير الوقت لم يلزمه الإعادة.

الثانية: تعجيل الصلوات في أوائل الأوقات أفضل عندنا، قال عليه الصلاة والسلام: «أول الوقت رضوان الله، وآخره عفو الله»^(٢). قال أبو بكر الصديق، رضى الله عنه: «رضوان الله أحب إلينا من عفو الله»^(٣).

(١) من أقسام الواجب: الواجب الموقوت، وهو ينقسم إلى:

١ - واجب مطلق عن التقييد بوقت معين.

٢ - وواجب مقيد بوقت معين.

والثاني هو ما دل خطاب الشارع على طلبه مع تعيين الوقت الذي يجب أداءه فيه طلباً جازماً كالصلاة والصيام، فإن اتسع الوقت المعين لأداء الواجب المطلوب مع أداء غيره سواء من جنسه أو من غير جنسه، فهو واجب موسع، أما إذا لم يتسع إلا لأداء الواجب المطلوب فقط، كصوم رمضان، فهو واجب مضيق. والفرق بينهما أن الأول يحتاج إلى نية لتعيينه بسبب اتساع الوقت له ولغيره، أما الثاني، فلا يفتقر إلى نية؛ لأن الوقت لا يتسع لأداء غيره. انظر كتابنا المداخل الأصولية، مدخل الحكم الشرعى.

(٢) رواه بهذا اللفظ ابن عدى في الكامل في الضعفاء (٥٠٩/٢)، ورواه بلفظ: «أول الوقت رضوان الله وأوسط الوقت رحمة الله»، البيهقى في السنن الكبرى (٤٣٥/١، ٤٣٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٣٤٠/٤)، والزيلعى فى نصب الراية (٢٤٣/١)، والمتقى الهندي فى كنز العمال (١٩٥٧٦، ١٩٥٧٧)، وابن عدى فى الكامل (٢٥٥/١)، والدارقطنى (٢٤٩/١)، (٢٥٠)، وابن حبان فى المحروحين (١٣٨/٣)، وابن الجوزى فى العلل المتناهية (٣٩٠/١).

قال ابن رشد: اتفق المسلمون على أن للصلوات الخمس أوقاتاً خمساً هي شرط في صحة الصلاة، وأن منها أوقات فضيلة، وأوقات توسعة، واختلفوا في حدود أوقات التوسعة والفضيلة. انتهى. انظر: بداية المجتهد (١١٦/٢). وما قواه المصنف هنا هو أفضلية التعجيل بالصلوات الخمس في أوائل أوقاتها مستتباً العشاء والظهر، وسيأتى.

(٣) أورد قول أبي بكر، رضى الله تعالى عنه، ابن حجر فى تلخيص الحبير (١٨١/١)، وقد ورد فى كتاب الله وسنة نبيه ﷺ أن أعلى غاية منزلة وفضلاً ومفازة هي رضا الله سبحانه وتعالى، قال تعالى: ﴿ومساكن طيبة فى جنات عدن ورضوان من الله أكبر﴾ [التوبة: ٧٢].

قال الشافعي، رضي الله عنه: العفو يوشك أن يكون للمقصرين. وحجارة فضيلة الأولية بأن يشتغل بأسباب الصلاة كلما دخل الوقت.

وقيل: لابد من بعد تقديم الأسباب حتى ينطبق التكبير على أول الوقت، فهي الأولية. وقيل: تتمادى فضيلة الأولية إلى النصف من بيان جبريل، عليه السلام.

ويستثنى عن فضيلة التعجيل العشاء والظهر. ففي العشاء قولان، في قول: يستحب التأخير؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لولا أن أشق على أمتي...»^(١) الحديث.

وأما الظهر: فالإبراد^(٢) به مستحب في شدة الحر؛ لقوله ﷺ: «اشتكت النار إلى ربها، فقالت: قد أكل بعضي بعضاً، فأذن لها في نفسين، نفس في الصيف ونفس في الشتاء، فأشد ما تجدون في البرد من زمهريرها»^(٣)، وأشد ما تجدون من الحر من حرها، فإذا اشتد الحر فأبردوا بالظهر، فإن شدة الحر من فيح جهنم»^(٤).

ثم قيل: إن الإبراد سنة؛ للأمر الوارد. وقيل: هو رخصة. وحده: أن يتمكن الماشون إلى الجماعات من المشي في الظل.

وعن أبي سعيد الخدري، رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله عز وجل يقول لأهل الجنة: يا أهل الجنة، فيقولون: لبيك ربنا وسعديك، والخير في يديك، فيقول: هل رضيتم؟ فيقولون: وما لنا لا نرضى يا ربنا وقد أعطينا ما لم نعط أحداً من خلقك؟ فيقول: ألا أعطيكم أفضل من ذلك؟ فيقولون: وأي شيء أفضل من ذلك؟ فيقول: أحل عليكم رضواني، فلا أسخط عليكم بعده أبداً، رواه البخاري (١٤٢/٨، ١٨٤/٩)، ومسلم (الجنة ٩) وغيرهما.

(١) سبق تخريجه.

(٢) بَرْدٌ، بَرْدًا، وبُرُودًا، هيبت حرارته فهو بارد، وبُرُود. ويرد حقه على فلان: لزم وثبت. ومنه قول عمر: وددت أنه برد لنا علمنا. ويرد فلان: فتر، يقال: جد في الأمر ثم برد. وأُبرِدَ، دخل في البرد، ودخل في آخر النهار.

قال الشوكاني: أي أخرجوها عن ذلك الوقت وادخلوها بها في وقت الإبراد، وهو الزمان الذي يتبين فيه انكسار شدة الحر، ويوجد فيه برودة جهنم، يقال: أبرد الرجل، أي صار في برد النهار. انظر: المعجم الوسيط (٤٧/١ م برد)، نيل الأوطار (٣٠٤/١).

(٣) الزمهرير، شدة البرد. وازمهر اليوم، اشتد برده. انظر: المعجم الوسيط (٤٠١/١ م زمهرت)

(٤) أخرجه البخاري (١٤٢/١)، ومسلم (مساجد ١٨٥)، والترمذي (٢٥٩٢)، وأحمد (٢٣٨/٢، ٢٧٧، ٥٠٣)، والبيهقي (٤٣٧/١)، والسيوطي في الدر المنثور (٣٠٠/٦)، وابن ماجه (٤٣١٩)، والمتقي الهندي في كنز العمال (٣٩٤٨١، ٣٩٤٨٢)، والزيدي في إتحاف السادة المتقين (٥١٤/١٠)، وروى بالفاظ أخرى عند البخاري (ح ٥٣٥)، ومسلم بشرح السوي (١٢٧/٣)، والبخاري أيضاً (ح ٥٣٤، ٥٣٨)، وأبي يعلى (٤٨٠/٢).

واختلفوا في أنه هل يختص بالبلاد الحارة، وفي أن من يمشي في كين^(١) إلى الجماعة، هل يستحب له؟.

واختلفوا في الجمعة على وجهين، وجه المنع: أن فواتها خطر، ولا بد من تقديم الخطبة، فالبدار أولى.

الثالثة: من اشتبه عليه الوقت يجتهد ويتبين ذلك بالأوراد وغيرها ثم يُصلي، فإن وقع في الوقت أو بعدها فلا قضاء، وإن كان قبل الوقت وأدرك الوقت صلى، وإن تبين بعد انقضاء الوقت فقولان، وكذا في طلب شهر رمضان.

فرع: إذا أمكنه أن يصبر إلى درك اليقين، ففي جواز الاجتهاد في الحال وجهان، ووجه الجواز: أن عمر، رضى الله عنه، أفطر بالاجتهاد وغلط^(٢)، وكان قادراً على الصبر.

الفصل الثاني

في وقت أرباب الأعذار

ونعني بالعدر^(٣): الجنون، والصبي، والحیض، والكفر^(٤).

(١) الكين: الكنان. وكل ما يرد الحر والبرد من الأبنية والغيران ونحوها. جمع أكنان، وأكنة. وفي التنزيل العزيز: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مَّا خَلَقَ ظُلُمًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنَ الْجِبَالِ أَكْنَانًا﴾ [النحل: ٨١]. انظر: المعجم الوسيط (٨٠٢/٢) مادة (أَكَنَ).

(٢) هذا الاجتهاد قد يكون من غير عمر، رضى الله عنه، إذ أنه ليس رأياً استحدث في الدين، بل هو اجتهاد الرجل في أمر غم عليه كالجبهة في الصلاة وغير ذلك، وفي هذه الرواية قال عمر: الخطب يسير وقد اجتهدنا، لما بُلغ أنه أفطر ولم تغيب الشمس بل كان غيماً. انظر: السنن الكبرى (٢١٧/٤)، تلخيص الحبير (٢١١/٢، ٢١٢).

(٣) عذر فلاناً فيما صنع عذراً، ومعترة، رفع عنه اللوم فيه. واعتذر فلان، ثبت له عذره، ومنه المثل: أعذر من أنذر. واعتذر فلان، صار ذا عذر. انظر: المعجم الوسيط (٥٩٠/٢) مادة (عَذَرَ).

(٤) الكفر ليس عذراً، إذ أن الكافر مكلف تعلق خطاب الله تعالى بفعله، وللتكليف شروط نوردها باختصار:

- ١ - أن يكون قادراً على فهم ما كلف به، بمعنى يلوغ القدر الذي يتوقف عليه الامتثال إلى عقل المكلف من الخطاب؛ لأن العقل هو أداة الفهم والإدراك، وبه توجه الإرادة إلى الامتثال.
- ٢ - أن يكون أهلاً للتكليف، وأنواع الأهلية:
- أ - أهلية وجوب ناقصة. ب - أهلية وجوب كاملة. ج - أهلية أداء ناقصة. د - أهلية أداء -

ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يخلو عنها آخر الوقت، فإن بقي قبل غروب الشمس ما يسع ركعة، فزال العذر وجب العصر وفاقاً، ولو بقي ما يسع تكبيرة، فقولان: أقيسهما، وهو مذهب أبي حنيفة: أنه يلزم؛ لأن هذا القدر يتسع الإلزام، ولسنا نعتسر وقت الأداء.

والثاني، وهو اختيار المزني: أنه لا يدركه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ومن أدرك ركعة قبل غروب الشمس، فقد أدرك العصر»^(١)، وما دونها ليس في معناها، فإن مدرك ركعة من الجمعة مدرك لها، بخلاف مدرك التكبيرة، هذا حكم العصر. أما الظهر: فيلزم أيضاً بإدراك وقت العصر؛ لأنه وقته في حق المعذور بالسفر، وهذا العذر أشد.

= كاملة، وهي مقصودنا هنا في شرط التكليف، وهي للإنسان البالغ العاقل المؤهل لتوجيه الخطاب له بجميع التكليفات الشرعية، وتصح منه جميع الالتزامات، سواء له أو عليه، وترتب على أقواله وأفعاله الآثار، إلا إذا اعترضه عنه، أما إذا اعترضه سفه أو غفلة، فلا تسقط عنه أحكام التكليف، وحكمه كحكم الصبي المميز إذا كان الفعل من أحكام الوضع، أما إن اعترضه سكر، فإن كان مباحاً سقط عنه التكليف، سواء للأحكام التكليفية أو الوضعية لعذره وعدم قصده وإرادته، وإن كان محرماً فتسقط عنه أحكام التكليف، ولا يصح منه فعلها، ويأثم لفواتها بالسكر، ولا تسقط عنه أحكام الوضع، وتصح عنه كالبيع والبراء والطلاق، ويأخذ بجنايته ويقام عليه حد ما جنى بعد إفاقته من سكره... إلخ.

والكافر مخاطب بالمعاملات والعبادات، فهم مواخذون بها في الآخرة مع عدم حصول الشرط الشرعي وهو الإيمان، وهو مذهب الجمهور كما قال الشوكاني، لما ورد من وعيد للكفار على الترك، كقوله تعالى: ﴿ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين﴾ [المدثر: ٤٢]، وقوله تعالى: ﴿ويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة﴾، والأدلة في ذلك كثيرة، فإن قيل: كيف يؤمر الكافر بفروع العبادات والمعاملات وهي لا تصح منه؛ لوجود مانع وهو الكفر؟ قلت: الكافر يتمكن من إزالة المانع وهو الكفر، فتصح منه العبادات والمعاملات، فإن لم يزل المانع وهو امتناع وصفي لم يسقط بالمانع الخطاب الذي هو التكليف ولا يفیه لإمكانه الذاتي، فالامتناع الوصفي لا ينفى الإمكان الذاتي، وأيضاً ليس حصول الشرط الشرعي، وهو الإيمان شرطاً في التكليف، وإمكانية إزالة المانع تنفي كونه مانع، ومن ثم فإن الكافر ليس من أرباب الأعذار كما ذهب المصنف، وسقوط الصلاة عنه بإسلامه ليس لأن الكفر كان عذراً له، بل لأن الشارع أسقطها عنه؛ لأن الإسلام يجب ما قبله، ومن قال بأنها سقطت؛ لأن الكفر عذر، ألزمناه بسقوط معاملاته ومناكحاته قبل الإسلام، وهو محال في الشرع، والله أعلم. انظر: المداخل الأصولية مدخل المحكوم عليه.

ولكنه يكتم يصير مدركا؟ فيه قولان: أحدهما: بما يصير به مدركا للعصر. والثاني: لا بد من زيادة أربع ركعات على ذلك؛ ليتصور الفراغ من الظهر فعلاً، ثم لزوم العصر بعده. وهل تعتبر مدة الوضوء مع ذلك؟ فعلى قولين.

وهذه الركعات الأربع في مقابلة الظهر أو العصر؟ فعلى قولين مُحَرَّجَيْنِ.

هذا إذا زال العذر قبل أداء الصلاة، فإن زال بعده، وذلك يتصور في الصبي، يصلى ثم يبلغ والوقت باق، فلا يلزمه القضاء، خلافاً لأبي حنيفة، فلو صلى الظهر فبلغ ووقت الجمعة قائم، قال ابن الحداد: تلزمه الجمعة، وهو غلط عند الأكثرين.

ومنهم من وجهه بأن الصبي مضروب على ترك حضور الجمعة، والمتعدى بالظهر قبل الجمعة لا يصح ظهره على وجهه، ولو بلغ الصبي بالسن في أثناء الصلاة أتمها، ولو بلغ في أثناء يوم من رمضان وهو صائم، فلا قضاء عليه.

ومنهم من علل بوقوعه عن الفرض. ومنهم من علل بأنه لم يدرك وقتاً يتصور فيه الشروع في العبادة. وتظهر فائدة الخلاف في الصبي المفطر إذا بلغ.

وللعرافين وجه: أن الصبي تلزمه إعادة الصلاة وإن بلغ بعد الأداء.

الحالة الثانية: أن يخلو أول الوقت، فإذا طرأ الحيض، فإن مضى من الوقت قبله ما يسع الصلاة لزمته، وإن كان أقل فلا، بخلاف آخر الوقت، فإن الشروع في آخر الوقت يمكن إتمامه بما بعد الوقت، وهاهنا لا يمكن في زمان الحيض.

وَحَرَّجَ ابن سريج^(١) قولاً: إنه لا تلزمه ما لم يدرك جميع الوقت أو آخره.

وأما العصر: فلا يلزم بإدراك جزء من أول الظهر؛ لأن وقت الظهر لا يصلح للعصر ما لم يقع الفراغ من فعل الظهر، بخلاف وقت العصر.

وذهب أبو يحيى البلخي^(٢) إلى أن أول الظهر في إدراك العصر كآخر العصر في

(١) سبق له ترجمته، وسبق بيان المعنى الاصطلاحي عند الشافعية للفظ: حَرَّجَ.

(٢) أبو يحيى البلخي: هو زكريا بن أحمد بن يحيى بن موسى القاضي الكبير، البلخي نسبة إلى بلخ، إحدى مدن أفغانستان، قارق وطنه طالباً للعلم ومسح عرض الأرض، وسافر في طلب الحديث إلى أقصى الأرض. روى عن أبي إسماعيل الترمذي، ويحيى بن أبي طالب، وأبي حاتم الرازي، وعن عبد الله بن أحمد بن حنبل، وجماعة آخرين. وروى عنه عبد الوهاب الهلالي، وأبو علي بن درمستويه، وجمع غيرهم، كان أبوه وجده علمين. توفي سنة (٢٣٠هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (٢٩٣/١٥)، طبقات السبكي (٢٩٨/٣)، البداية والنهاية (٢٠٤/١١)، الأعلام لزر كلبي =

إدراك الظهر.

الحالة الثالثة: أن يعم العذر جميع الوقت، فيسقط القضاء بالحيض والجنون والكفر والصبي، ولا تلتحق الردة بالكفر، بل يجب القضاء على المرتد.

نعم الصبي وإن لم يكن عليه قضاء، ولكن يؤمر بالصلاة بعد سبع سنين، ويضرب على تركها بعد عشر سنين^(١). والإغماء في معنى الجنون، قل أو أكثر^(٢).

=(٤٧/٣).

(١) وفيه حديث ورد بألفاظ مختلفة، منها: «علموا الصبي الصلاة ابن سبع، واضربوه عليها ابن عشرة، عن عبد الملك بن الربيع بن سبرة، عن أبيه، عن جده مرفوعاً. قال ابن حجر: قالوا: تجب الصلاة على الصبي للأمر بضربه على تركها، وهذه صفة الوجوب، وبه قال أحمد في رواية، وحكى البندنيحي أن الشافعي أومأ إليه.

وذهب الجمهور إلى أنها لا تجب عليه إلا بالبلوغ، وقالوا: الأمر بضربه لتأديب. انظر: فتح الباري (٣/٤٥٠)، البيهقي (٣/٨٤)، الترمذي (٤٠٧)، المستدرک (١/٢٥٨)، الطبراني (٧/١٣٥)، ابن خزيمة (١٠٠٢)، كنز العمال (٤٥٣٢٧).

(٢) فرق بين الإغماء والجنون عند الأصوليين قياساً واستحساناً، فالجنون في القياس مسقط لكل العبادات؛ لما فاتته القدرة. ولهذا عصم الأنبياء عليهم السلام عنه، وحيث لم يمكن الأداء يسقط الوجوب، لكنهم استحسنتوا أنه إذا لم يمتد لا يسقط الوجوب؛ لعدم الحرج، على أنه لا ينافي أهلية الوجوب، فإنه يرث ويملك؛ لبقاء ذمته، وهو أهل للثواب، وقد سبق الكلام عن أنواع الأهلية دون تفصيل، وتفصيلها ليس هنا موضعه، ثم عند أبي يوسف هذا إذا اعترض بعد البلوغ.

أما لما بلغ مجنوناً لا، فإنه يسقط مطلقاً ومحمد لم يفرق فالمتمد مسقط وغير المتمد مسقط. ثم الامتداد في الصلاة بأن يزيد على يوم وليلة بساعة، وعند محمد بصلاة فتصير الصلاة ستاً، وفي الصوم بأن يستغرق شهر رمضان وفي الزكاة بأن يستغرق الحول عند محمد، رحمه الله، وعند أبي يوسف أكثره كاف. وأما إيمانه، فلا يصح؛ لعدم ركنه، وهو الاعتقاد.

أما الإغماء، وهو ضرب من المرض، فيبطل العبادات ويوجب الحدث في كل حال. ولما كان نادراً في الصلاة، يمنع البناء وهو في القياس لا يسقط شيئاً من الواجبات كالنوم، وفي الاستحسان يسقط ما فيه حرج، وهو في الصلاة بأن يمتد حتى تزيد على يوم وليلة، وفي الصوم والزكاة لا يعتبر؛ لأنه يندر وجوده شهراً أو سنة، ومن ثم فهو مرض وليس روالاً للعقل كالجنون، وإلا لعصم منه الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وهو فوق السوم في إيجاب تأثير الخطاب وإبطال العبادات؛ لأن النوم حالة طبيعية كثيرة الوقوع حتى عده الأطباء من ضروريات الحيوان استراحة لقواه، والإغماء ليس كذلك فيكون أشد في العارضية، غير أنه لا يصل إلى معنى الجنون ولا يأخذ حكمه كما سبق. انظر: التنقيح في أصول الفقه وشروحه (٣٤٩/٢ - ٣٥٦).

أما السكر وزوال العقل بسبب محرم كشراب بنج، أو تردية من مكان: فلا يسقط القضاء^(١).

فرع: لو سكر ثم حُنَّ، فالأصح أنه لا يلزمه إلا قضاء ما فاتته في وقت السكر. وقيل: يجب قضاء أيام الجنون؛ لاتصاله بالسكر.

ولو ارتد ثم حُنَّ، يلزمه قضاء ما فات في وقت الردة، وقيل: يجب قضاء ما فات في الجنون؛ لأن حكم الردة مستمر في الجنون.

ولو ارتدت أو سكرت، ثم حاضت، لا يلزمها قضاء أيام الحيض؛ لأن سقوط القضاء عن المحنونة(*) رخصة^(٢)، وعن الحائض عزيمة^(٣).

(١) والسكر وهو إما بطريق مباح، كسكر المضطر والسكر بدواء، وبما يتخذ من الخنطة أو الشعير أو العسل، وهو كالإغماء يمنع صحة جميع التصرفات حتى الطلاق والعناق، وإما بطريق عظور كالسكر بشراب محرم أو مثله؛ لأنه إنما يحل بشرط أن لا يسكر، فالسكر به يصير كالسكر بالمحرم، فيحد به، وهو لا ينافي الخطاب؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾، فهذا خطاب متعلق بحال السكر، فهو لا يطل الأهلية أصلاً، فيلزمه كل الأحكام ويصح عباراته، وإنما ينعدم القصد.

قلت: إنما ينعدم القصد في الأحكام التكليفية، فهو لا يأخذ بها للهوى عن فعلها حال سكره، أما الأحكام الرضعية، فلزمه وتقع منه، ولا يشترط فيها القصد كالبيع والشراء والطلاق. انظر: شرط التلويح (٢/٣٨٩، ٣٩٠)، إرشاد الفحول (ص ١١).

(*) تنبيه: يشترك المحنون والحائض في أنهما أصيبا بعوارض سماوية حالة وجود عوارض مكتسبة بهما، مع الفارق الحكمي بين الردة والسكر، فإن كانا قد ارتددا قبل الجنون والحيض، فلا يلزم بإسلامهما قضاء كما قال المصنف، والخلاف في قوله: «إن السقوط في حق الأول رخصة، وفي حقهما عزيمة»، وفي ذلك نظر، بل في حقهما رخصة؛ لثبوت حكمهما وفق الدليل، والدليل في حق الأول هو أن الإسلام يجب ما قبله، والردة كفر، وفي حق الثانية معروف، والله أعلم.

(٢) الرخصة عند الجمهور ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضى المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة أو هي الانتقال من حكم شرعي صعب إلى حكم شرعي سهل لعذر مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي.

وعند الأحناف ما شرعه الله تعالى من الأحكام على أعذر العباد من أجل التخفيف عليهم في حالات خاصة، أو هي الانتقال من حكم شرعي صعب إلى حكم شرعي سهل لعذر. أو ما شرع ثانياً مبنياً على العذر.

(٣) العزيمة هي ما لزم العباد بإلزام الله تعالى، وقيل: هي الحكم الصعب المنتقل عنه إلى حكم سهل لعذر. وقيل: ما شرع من الأحكام الكلية ابتداءً، وتفصيل ذلك محله كتب أصول الفقه.

الفصل الثالث

في الأوقات المكروهة^(١)

وهي خمسة:

اثنان منها يتعلق بالفعل، فهما من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس»^(٢).

ووجه تعليقها بالفعل أنه يتمادى بالبدار إلى الفرض في أول الوقت، ويقصر بالتأخير. وثلاث منها تتعلق بالوقت، وهو وقت طلوع الشمس والاستواء والغروب، قال عليه الصلاة والسلام: «إن الشمس تطلع ومعها قرن شيطان، فإذا ارتفعت فارقها، فإذا

(١) المكروه هو الفعل المحكوم فيه أو المحكوم به، وهو فعل المكلف الذي تعلق به، أى ارتبط به الحكم الشرعى التكليفى أو الوضعى، فمتعلق الحكم التكليفى وهو الكراهة يسمى مكروهاً، وهذه القاعدة هى أصل فهم المصنف من الحديث الأول، أما ما بقى من الخمسة فهى وضعية ارتبطت بفعل المكلف، بمعنى أن المكروه الفعل، متعلق فى الثلاثة الآخر بحكم وضعى لا تكليفى، وهو حكم خارج عن استطاعة المكلف، ولكنه مرتبط بالفعل، وهو الشمس التى جعلها الله سبباً لوجوب الصلاة فى موافقتها، هذا ما استخرجه المصنف، فهما من النصين كما سيأتى، والله أعلم.

أما معنى الكراهة، فهى ما دل خطاب الشارع على طلب تركه طلباً غير جازم، أو عنى غير الالتزام والختم؛ لأن طلب الترك طلباً جازماً هو التحريم، فإن وجدت معه قرينة تصرفه عن الحرمة فهو المكروه، وقد يأتى التصريح داخل النص بلفظ الكراهة كقول ﷺ: «وكره لكم ثلاث»، هذا عند الجمهور.

أما الأحناف، فالكراهة عندهم: ١ - تحريم. ٢ - وتنزيه. فالأولى كالتحريم عند الجمهور، أو ما يقابل الواجب عند الأحناف؛ لأنها طلب الشارع عن الكف جزماً بدليل ظنى فيه شبهة كخبر الآحاد، ومنكره فاسق. والثانى: كراهة تنزيه، وهو كالمكروه الذى تحدثنا عنه عند الجمهور وحكمها عندهما يمدح تاركه ولا يذم فاعله. انظر كتابنا المداخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية، مدخل الحكم الشرعى، مدخل المحكوم فيه.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه (١٥٢/١، ٥٦/٣)، ومسلم فى صحيحه (صلاة المسافرين ب ٥١ رقم ٢٨٨)، وأحمد فى المسند (٢١/١، ٣٢٠/٤)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٤٥١/٢)، ٤٦١، ٤٦٢، ٣٠/٨، والدارقطنى فى سننه (٤٢٥/١)، وابن أبى شبة فى مصنفه (٣٤٩/٢)، والبخارى فى التاريخ الكبير (٥٩/١، ٤٩٤/٣)، وابن حجر فى تنخيص الحبير (١٨٥/١، ١٨٩/١)، فتح البارى (٢٤١/٤، ٦١/٢)، والألبانى فى المسلسلة الصحيحة (٣٥٩/٣)، وإرواء الغليل (٢٣٧/٢)، وابن ماجه (٢١٤٩)، والخطيب البغدادى فى تاريخ بغداد (٣٦/٥).

استوت قارنها، فإذا زالت فارقتها، فإذا دنت للغروب قارنها، وإذا غابت فارقتها^(١)، ونهى عن الصلاة في هذه الأوقات.

فأما المنوط^(٢) بالطلوع: فمن وقت بُدُوْ إشراف الشمس إلى طلوع قرصها. وقيل. يمتد إلى استيلاء سلطان الشمس؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ارتفعت فارقتها».

وأما الاستواء: فعبرة عن وقت وقوف الظل قبل ظهور الزيادة.

أما الغروب: فتدخل كراهيته باصفرار الشمس إلى تمام الغروب.

ويستثنى من هذه الكراهية من الصلوات ما لها سبب، ومن الأيام الجمعة، ومن البقاع مكة.

أما الأول: فلما روى أنه، عليه الصلاة والسلام، رأى قيس بن قهد يصلي بعد الصبح، فقال: «ما هذا؟»، فقال: ركعتا الفجر^(٣)، فلم ينكر. ففي معناهما كل ما له سبب^(٤)، كالفائتة، وصلاة الجنازة، وسجود التلاوة، ونحية المسجد.

وأما ركعتا الإحرام فيكره؛ لأن سببها الإحرام، وهو عذر متأخر، وفي الاستسقاء تردد؛ لأن تأخيرها ممكن.

وأما استثناء الجمعة، فلما روى أبو سعيد الخدري: «أنه نهى عن الصلاة نصف النهار

(١) روى هذا الحديث بألفاظ كثيرة متقاربة، منها ما ذكره المصنف، أخرجه البيهقي (٤٥٤/٢)، ومالك في الموطأ (٢١٩)، والساغاني في بدائع المنن (١٤٤)، وابن خزيمة (١٢٧٤)، والبيهقي في شرح السنة (٣٢٠/٣)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٥/١)، والشافعي في المسند (١٦٦)، وابن عبد البر في التمهيد (١/٤)، وله بلفظ آخر (٢/٤)، وأحمد (٢٢٣/٤)، ٣٤٨، ٣٤٩، وابن ماجه (١٢٥٣)، ومجمع الزوائد (٢٢٦/٢)، ٢٢٩، ٢٤٥/٣، والطبراني في الكبير (٤٥٤/١٢).

(٢) المنوط هنا يعنى المتعلق.

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب من فاتته الصلاة متى يقضيها؟ (ح ١٢٦٧)، والترمذي في سننه (٢٨٤/٢) أبواب الصلاة (ح ١٩٦) باب ما جاء فيمن تفوته الركعات قبل الفجر يصليهما بعد صلاة الفجر، وابن ماجه في سننه (٣٦٥/١) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها (١٠٤) باب ما جاء فيمن فاتته الركعتان قبل صلاة الفجر (١١٥٤)، والشافعي في الأم (١٣١/١).

(٤) هذا هو المفهوم من النص الموافق لحكم المنطوق، ويسمى لحن الخطاب؛ لأن المسكوت عنه مساو في الرصف والمعنى للمنطوق، وهي صلاة الفجر، فيتساوى بذلك حكم المنطوق والمسكوت اللذان دلا عليهما اللفظ منطوقاً ومفهوماً.

حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة^(١).

ف قيل: يختص ذلك بمن يغشاه النعاس فيقصد طرده بركتين. وقيل: إنه لا يختص به، بل هو خاصة يوم الجمعة.

فأما استثناء مكة، فلما روى عن أبي ذر أنه أخذ بعضادتي الكعبة، وقال: من عرفنى فقد عرفنى، ومن لم يعرفنى فأنا جندب، سمعت رسول الله ﷺ يقول: ولا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس إلا بمكة^(٢).

ولذلك لا يكره الطواف في سائر الأوقات؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «يا بني عبد مناف، من ولى منكم من أمور الناس شيئاً فلا يمنعن أحداً طاف بهذا البيت فى أى ساعة شاء من ليل أو نهار»^(٣).

قاعدة: لو تحريم بالصلاة فى وقت الكراهية، ففى الانعقاد وجهان: أحدهما: نعم، كالصلاة فى الحمام، والدار المغصوبة. والثانى: لا، كصوم يوم العيد.

فإن قلنا: لا تنعقد، لم تلزم بالنذر، فأما أداء المنذورة فيها فحائز؛ لأن النذر سبب كالقضاء.

* * *

(١) الحديث أخرجه ابن عبد البر فى التمهيد (١٩/٤)، والشافعى فى مسنده (٦٣)، وأبو داود فى سننه (٢٨٣/١) كتاب الصلاة باب الصلاة يوم الجمعة قبل الزوال (١٠٨٣)، ورواه بلفظ: كره النبى صلاة نصف النهار. التبريزى فى مشكاة المصابيح (١٠٤٧)، والحديث أسانيده ضعيفة. انظر: المجموع للنووى (٨١/٤)، الأم للشافعى (١/٣٠).

(٢) سبق تخريج هذا الحديث، إلا أن هذه الرواية ضعيفة دون غيرها، ضعفه البيهقى فى السنن الكبرى (٤٦١/٢)، ورواه الدارقطنى فى سننه (٤٢٤/١، ٤٢٥)، والبيهقى أيضاً (٨٢/١٠)، وهو صحيح إلا ما روى عن أبى ذر، وهو فى الصحيحين كما سبق.

(٣) روى هذا الحديث بألفاظ متعددة، أغلب طرقها صحيحة، استدلل بها المصنف على الصلاة فى مكة فى سائر الأوقات؛ لأن الطواف فى حكم الصلاة، والأولى منطوق النص، والثانة مفهومه، إلا أن الصلاة أولى بالحكم، ويسمى هذا بفحوى الخطاب. والحديث أخرجه الشافعى فى المسند (١٦٧)، والبيهقى (٤٦١/٢، ٩٢/٥)، والطبرانى فى الصغير (٢٧/١)، وفى الكبير (١٥٠/٢)، (٤١٠/١٢)، والساعاتى فى تمام المنة (١٠٥٣)، والألبانى فى إرواء الغليل (٢٣٨/٢)، والترمذى فى كتاب الحج (٤٢)، وقال: حسن صحيح.

الباب الثاني: في الأذان^(١)

الأذان سنة مؤكدة^(٢)، وقيل: إنه فرض كفاية^(٣)، ولو امتنع عنه أهل بلدة يقاتلون عليه^(٤)، فإنه من شعائر الإسلام. والصحيح أنهم لا يقاتلون؛ لأنه سنة.

(١) الأذان في اللغة: الإعلام. قال الأزهري: والأذان اسم من قولك: أذنت فلاناً بأمر كذا وكذا، وأودنه إيداناً، أى أعلمته، وقد أذن تأذينا وأذاناً، إذا أعلم الناس وقت الصلاة، فوضع الاسم موضع المصدر. وقال الله تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ﴾ [التوبة: ٣]، أى إعلام. وأصل هذا من الأذن، كأنه يلقي في أذان الناس بصوته ما إذا سمعوه علموا أنهم نذبروا إلى الصلاة.

قال الشوكاني: الأذان لغة الإعلام، نقل ذلك النووي في شرح مسلم عن أهل اللغة. وشرعاً الإعلام بوقت الصلاة بالفاظ مخصوصة، وهو مع قلة ألفاظه مشتمل على مسائل العقائد، كما بين ذلك الحافظ في الفتح نقلاً عن القرطبي. انظر: نيل الأوطار (٣١/٢)، تهذيب اللغة (١٧/١٥)، لسان العرب (٥١/١)، ترتيب القاموس (١٢٦/١)، المعجم الوسيط (١٠/١)، سبل السلام (١٦٠/١).

(٢) سنة، بمعنى مندوب، وهو في اللغة الدعاء، تقول: نذبت فلاناً إلى كذا، بمعنى دعوته إلى فعله، وعرفه الأصوليون بتعريفات، أهمها: هو ما دل خطاب الشارع على طلب فعله من غير حزم، وهو بمدح فاعله ولا يذم تاركه، وقيل: هو الذي يكون فعله راجحاً في نظر الشرع، والأولى أن يقال: هو ما دل خطاب الشارع على طلبه طلباً جازماً مع قرينة تصرفه عن الوجوب وليس الأذان كذلك.

(٣) فرض الكفاية، وهو مرادف للواجب الكفائي عند الجمهور، وهو ما دل خطاب الشارع على طلبه طلباً جازماً من مجموع المكلفين، بحيث إذا أداه البعض سقط عن الباقي، وقد ينقلب إلى عيني إذا انفرد شخص بالواجب. الأوّل أنى، أى الأذان، من فروض الكفايات، ويدل عليه قول المصنف بعد ذلك: ولو امتنع عنه أهل بلدة يقاتلون عليه. ولا يلتفت إلى الوجه الذي رجحه المصنف بعد هذا القول، وسيأتى هنا في التحقيق النهى عن قتال من عنده شعار الإسلام، وهو الأذان مما يدل على أنه فرض كفاية.

(٤) ودليل ذلك حديث أنس، قال: كان رسول الله ﷺ إذا غزا قوماً لم يغز حتى يصبح، فإذا سمع أذاناً أمسك، وإذا لم يسمع أذاناً أغار بعدما يصبح. رواه أحمد والبخاري. وفي رواية: كان يغير إذا طلع الفجر، وكان يستمع الأذان، فإن سمع أذاناً أمسك وإلا أغار، وسمع رجلاً يقول: الله أكبر، الله أكبر، فقال رسول الله ﷺ: «على الفطرة»، ثم قال: أشهد أن لا إله إلا الله، فقال: «خرجت من النار». رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه. انظر: نيل الأوطار (٢٤٤/٧)، فتح الباري (٤٦٨/٧)، مسند الشافعي (٢٠٨)، مسند الحميدي (٨٢٠)، السنن الكبرى للبيهقي (٥٣/٥، ٣٠٤/٦، ١٠٨/٩).

وحديث عصام المزني، قال: كان النبي ﷺ إذا بعث السرية يقول: «إذا رأيتم مسحاً أو سمعتم منادياً فلا تقتلوا أحداً». رواه الخمسة إلا النسائي. قال الشوكاني: هذا الحديث والذي بعده

والأصل فيه: أن النبي ﷺ شاور أصحابه في أماره ينصبونها لحضور الجماعات، فذكر النار والناقوس، فذكر النصراري والمجوس، ففرقوا عن غير اتفاق رأى، فقال عبد الله بن زيد الأنصاري^(١): كنت بين التائم واليقظان، إذ نزل ملك من السماء عليه ثياب خضر، وبيده ناقوس، فقلت: أتبيع هذا الناقوس مني؟ فقال: وما تصنع به مني؟ فقلت: أضرب به في مسجد رسول الله ﷺ، فقال: ألا أدلك على خير من ذلك؟ فقلت: بلى، فاستقبل القبلة وقال: الله أكبر، وسرد الأذان، ثم استأخر غير بعيد فأقام، فأصبحت وحكيت الرؤيا لرسول الله ﷺ، فقال: «رؤيا صدق إن شاء الله، ألقه على بلال، فإنه أندى صوتاً منك»، فقلت: ائذن لي مرة واحدة، فأذنت بإذنه، فلما سمع عمر صوتي خرج يجر رداءه وهو يقول: والذي بعثك بالحق لقد رأيت مثل ما رأى، فقال: الحمد لله، فذاك أثبت، ثم أتاه بضعة عشر من الصحابة قد رأى كلهم مثل ذلك^(٢).

هذا تمهيد الباب، ومقصوده يحصره ثلاثة فصول.

الفصل الأول

في المحل الذي يشرع فيه الأذان

وهو جماعة الرجال في كل مفروضة مؤداة. وفي الضابط قيود أربعة:

دليل على جواز الحكم بالدليل لكونه ﷺ كف عن القتال بمجرد سماع الأذان، وفيه الأخذ بالأحوط في أمر الدماء؛ لأنه كف عنهم في تلك الحال مع احتمال أن لا يكون ذلك عسى الحقيقة، قوله: «على الفطرة»، فيه أن التكبير من الأمور المختصة بأهل الإسلام، وأنه يصح الاستدلال به على إسلام أهل قرية سُمع منهم ذلك. انتهى. انظر: نيل الأوطار (٢/٢٤٥)، أحمد (١٣٢/٣)، البخاري (٨٩/٢)، مسلم (٢٨٨/١).

(١) هو الصحابي الجليل عبد الله بن زيد بن عبد ربه بن زيد بن الحارث الأنصاري الخزرجي، الذي أرى النداء له حديث. قال يحيى بن يكير: مات سنة (٣٢٢هـ)، وصلى عليه عثمان. انظر: تهذيب الكمال (٢/٦٨٤)، تهذيب التهذيب (٥/٢٢٣، ٣٨٦)، أسد الغابة (٣/٢٤٧).

(٢) حديث عبد الله بن زيد أخرجه أحمد (٤٣/٤)، والدارمي (١/٨٦٩)، وأبو داود (١/٣٣٧) ح (٤٩٩)، والترمذي (١/٣٥٩) ح (١٨٩)، وقال: حديث عبد الله بن زيد حسن صحيح. وعبد الله بن زيد هو ابن عبد ربه، ولا نعرف به عن النبي ﷺ شيئاً يصح إلا هذا الحديث الواحد في الأذان. وابن ماجه (١/٢٣٢)، وابن الجارود (ح ١٥٨)، والدارقطني (١/٢٤١) ح (٢٩)، والبيهقي (١/٣٩٠) بسنده عن محمد بن يحيى الذهلي، قال: ليس في أحبار عبد الله بن زيد في قصة الأذان خبر أصح من هذا. وفي كتاب العلل لأبي عيسى الترمذي قال: سألت محمد بن إسماعيل البخاري عن هذا الحديث، فقال: هو عندي صحيح. وصححه ابن حبان (٢٨٧)، وابن خزيمة (١/١٩٧) وللحديث طرق أخرى ضعيفة، والله أعلم.

الأول: الجماعة، فالمنفرد في بيته أو في سفر إذا لم يبلغه نداء المؤذن، فيه قولان: الجديد: أنه يؤذن ويقيم؛ لما روى أنه، عليه الصلاة والسلام، قال لأبي سعيد الخدري: «إنك رجل تحب البادية والغنم، فإذا دخل وقت الصلاة فأذن وارفع صوتك، فإنه لا يسمع صوتك شجر ولا مدر^(١) ولا حجر إلا شهد لك يوم القيامة^(٢)». وفي القديم: لا يُشترع؛ لأن مقصوده الإيلاء، فيختص بالجماعة. وقيل: إن كان يرجو حضور جمع يؤذن، وإلا فلا، وكان الخدري يرجو حضور غلمان، ثم الصحيح أنه يستحب رفع الصوت، وإن كان منفردًا. أما إذا بدعه نداء البلد، فالخلاف مرتب، وأولى أن لا يؤذن اكتفاء بالنداء العام، وإن أذن فأولى بالألا يرفع الصوت.

القيد الثاني: الرجال، ففي أذان المرأة في الانفراد والجماعة ثلاثة أقوال: أحدها: أنها تؤذن وتقيم^(٣). والثاني: لا. والثالث: تقيم ولا تؤذن. ثم هي ممنوعة عن رفع الصوت منع تحريم. **القيد الثالث:** المفروضة، فلا أذان في جماعة النوافل كصلاة الخسوف والاستسقاء والجنائز^(٤) والعيد، بل ينادى: الصلاة جامعة. **القيد الرابع:** المؤداة، أما الغائبة ففيها ثلاثة أقوال: الجديد: أنه يقيم لها ولا يؤذن؛ لأن

(١) المدر: الطين المزج المتماسك، والقطعة منه مدرّة، وأهل المدر: سكان البيوت المبنية حلاف البدو سكان الخيام. انظر: المعجم الوسيط (٨٥٨/٢) مادة (مدر).
(٢) رواه ابن حجر في تلخيص الحبير (١/١٩٣)، وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٧، ١٤٥٨)، والنسائي في سننه (الأذان باب ١٣)، وأحمد في المسند (٣/٣٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١/٣٩٧، ٤٢٧، ٩٥/١٠)، والساعاتي في بدائع المنن (١٥٦)، وابن حجر في فتح الباري (٢/٨٧)، والمتقي في إتحاف السادة (٥/٣، ٣١٨/٨)، وكنز العمال (٢٠٨٨٢)، وابن ماجه (١/٢٤٠، ٣٢٧)، والبخاري (٢/١٠٤) ح (٦٠٩).

(٣) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/١٧٣): والجمهور على أنه ليس على النساء أذان ولا إقامة. وقال مالك: إن أقمن فحسن. وقال الشافعي: إن أذن وأقمن فحسن. وقال إسحاق: إن عيها الأذان والإقامة. وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم، فيما ذكره ابن المنذر. والخلاف آبل إلى هل تؤم المرأة أو لا تؤم؟ وقيل: الأصل أنها في معنى الرجل في كل عبادة إلا أن يقوم الدليل على تخصيصها، أم في بعضها هي كذلك، وفي بعضها يطلب الدليل. انتهى.
قلت: حديث عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم وتؤم النساء وتقوم وسطهن، أخرجه الحاكم (١١/٢٠٣، ٢٠٤)، والبيهقي (١/٤٠٨).

(٤) صلاة الجنائز ليست من النوافل، بل هي من فروض الكفايات، وإنما مقصد المصنف أنها من جملة ما ينادى لها: الصلاة جامعة، كبعض النوافل، والله أعلم.

الإقامة للشروع، والأذان للإبلاغ. والقديم: أنه يؤذن ويقيم نظرًا إلى حرمة الصلاة.

ونص في الإملاء أنه إن كان يرجو جماعة أذن، وإلا اقتصر على الإقامة.

فإن قلنا: يؤذن، فلو كان يؤدي فوائت فلا يؤذن إلا مرة واحدة، ولا سبيل إلى موالاة أذنين في وقت واحد.

ولو قدم العصر إلى وقت الظهر، يؤذن للظهر أولاً^(١)، ويقيم للعصر بعده، ولا يؤذن.

فإن أخرج الظهر إلى وقت العصر، فإن قلنا: يؤذن كالفائتة فيؤذن للظهر، ثم يقيم للعصر بعده، وإن قلنا: لا يؤذن للفائتة، فلا يؤذن للظهر؛ لأنها كالفائتة، ثم لا يؤذن للعصر أيضًا، كيلا تنقطع الموالاة بين الصلاتين، ويشهد له أن الرسول ﷺ جَمَعَ بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة بأذان وإقامتين، وأخّر المغرب إلى العشاء بمزدلفة بإقامتين^(٢).

فرع: الجماعة الثانية في المسجد المطروق، هل يؤذن لها؟ فيه قولان نقلهما صاحب التقریب:

أحدهما: لا، فإن كل واحد من الجمع مدعو بالأذان الأول بحجب. والثاني: نعم؛ لأن الدعوة الأولى تمت بالإجابة الأولى. ثم إذا قلنا هاهنا وفي المنفرد: إنه لا يؤذن، ففي الإقامة خلاف.

الفصل الثاني: في صفة الأذان

ويشرع فيه أمور خمسة:

الأول: الأذان مثنى مع الترتيل^(٣)، والإقامة فرادى مع الإدراج^(٤) بأخبار صحت

(١) أى يؤذن للظهر ثم يقيم لها ويصلى، ثم يقيم للعصر من غير أذان، والله أعلم.
(٢) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٥٩/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٣٣٧/٢، ٢٥٩/٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٦/١٤)، والعقيلي في الضعفاء (٢٤٨/١)، وابن عدى في الكامل في الضعفاء (١٣٧٥/٤)، وأبو داود (١٢١١)، روى عندهم وبدون ذكر المزدلفة وبدون الظهر والعصر، ففي صحيح البخاري: جمع النبي ﷺ بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما بإقامة. ح (١٦٧٣)، وعند مسلم: بأذان وإقامتين. ح (١٢١٨).

(٣) رُتِّلَ الشيء: نسقه ونظمه، والكلام: أحسن تأليفه، وجوّد تلاوته. وفي التنزيل العزيز: ﴿وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا﴾. ويقال: ثَغَرُ مرثل: منضد مستوى الأسنان. وَتَرْتَّلْ، يقال: تَرْتَّلْ في كلامه. ترسل وتأتى. انظر: المعجم الوسيط (٣٢٧/١).

(٤) الإدراج: الطي. واندرج عليه: انطوى. ويقال: اندرج تحته كذا، أو فيه كذا: دخل فيه، =

فيه^(١). وقال أبو حنيفة: الإقامة كالأذان إلا في الترتيل. وبالغ مالك في الإفراء، واكتفى بقوله: الله أكبر، مرة واحدة.

الثاني: الترجيع مأمور به؛ لقول أبي مخذرة^(٢): علمني رسول الله ﷺ الأذان تسع عشرة كلمة^(٣).

وكيفيته: أن يذكر كلمتي الشهادة مع خفض الصوت مرتين، ثم يعود إليه ويرفع الصوت. والأصح أنه ليس ركنًا، إذ لا إبلاغ فيه.

هو كان مما انطوى عليه. وأدرج فلاتًا: أرسله. انظر: المعجم الوسيط (٢٧٧/١).

(١) من هذه الأخبار ما سبق ذكره من حديث عبد الله بن زيد.

(٢) أبو مخذرة الجمحي المكي المؤذن، هو أوس بن معير، بكسر أوله وسكون المهملة وفتح التحتانية، له أحاديث، انفرد له مسلم بحديث. قال الطبراني: توفي سنة (٥٩ هـ). انظر: تهذيب التهذيب (٢٢٢/١٢)، تقريب التهذيب (٤٦٩/٢)، أسد الغابة (٢٧٨/٦)، الاستيعاب (١٧٥١/٤)، الإصابة (٢٦٥/٧).

(٣) حديث أبي مخذرة، أن رسول الله ﷺ علمه هذا الأذان: الله أكبر، الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، ثم يعود فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله، مرتين، أشهد أن محمدًا رسول الله، مرتين، حتى عسى الصلاة، مرتين، حتى على الفلاح، مرتين، الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله. رواه مسلم والنسائي، وذكر التكبير في أوله أربعًا.

وللخمسة عن أبي مخذرة «أن النبي ﷺ علمه الأذان تسع عشرة كلمة والإقامة سبع عشرة كلمة». قال الترمذي: حديث حسن صحيح. قال الشوكاني: والحديث يدل على تربيع التكبير والترجيع، وتربيع تكبير الإقامة وتثنية باقي ألفاظها. وقد عرفت مما سلف أن حديث أبي مخذرة راجح؛ لأنه متأخر ومشتمل على الزيادة، لاسيما مع كون النبي ﷺ هو الذي لقنه إياها. انتهى.

قال الشافعي: وهي زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بـ «مكة». انظر. نيل الأوطار (٤٣/٢)، (٤٤)، بداية المجتهد (١٥٢/٢ - ١٥٦)، صحيح مسلم (٢٨٧/١)، البيهقي (٣٩٢/١)، أحمد (٤٠٨/٣)، أبو داود (١٣٤/١)، الترمذي (٣٦٧/١)، النسائي (٤/٢)، ابن ماجه (٢٣٥/١).

قال ابن رشد: والذي خرج البخاري في هذا الباب إنما هو من حديث أنس فقط، وهو أن بلالاً أمر أن يشفع الأذان، ويوتر الإقامة، إلا «قد قامت الصلاة»، فإنه يشنها. وخرج مسلم عن أبي مخذرة على صفة أذان الحجازيين، ولما كان هذا التعارض الذي ورد في الأذان، رأى الإمام أحمد بن حنبل وأبو داود أن هذه الصفات المختلفة إنما وردت على التحجير، لا على إيجاب واحدة منها، وأن الإنسان مخير فيها. انتهى. انظر: البخاري (٦٠٥)، مسلم (٢٧٨/٢ ح).

الثالث: التثويب في أذان الصبح مشروع على القديم. وقال في الجديد: أكره ذلك؛ لأن أبا مخذورة لم يحكه.

والفتوى على القديم؛ لأنه صح عن أبي مخذورة^(١)، وإن لم يبلغ الشافعي، رضى الله عنه. ثم المشهور أنه ليس ركناً وجهاً واحداً، وفيه احتمال.

الرابع: القيام واستقبال القبلة في جميع الأذان مشروع. وهل يعتد بالأذان دونهما؟ فعلى وجهين:

ينظر في أحدهما إلى حصول مقصود الإبلاغ دونهما، وفي الثاني إلى استمرار الخلق عليه كما في القيام في الخطبتين والقعود بينهما.

وعلى الوجهين يستحب أن يقول: «حى على الصلاة» مرتين ملتفتاً إلى اليمين، بحيث لا يحول صدره عن القبلة، وفي «حى على»^(٢) الفلاح إلى اليسار. واختار القفال أنه يقسم الخيعتين على الجهتين.

(١) قلت: وقد ثبت التثويب في حديث عبد الله بن زيد، السابق ذكره، وهو حديث صحيح كما سبق، وثبت التثويب في أحاديث أخرى بطرق متعددة كلها ضعف، أما حديث أبي مخذورة، قال: علمني رسول الله ﷺ الأذان، وقال: «إذا كنت في أذان الصبح، فقلت: حى على الفلاح، فقل: الصلاة خير من النوم». وفيه محمد بن عبد الملك بن أبي مخذورة، وهو غير معروف الحال، والحاتر بن عبيد، وفيه مقال، وله طريق أخرى صحيحها ابن خزيمة. وروى عن ابن عمر بلفظ: «كان الأذان بعد حى على الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين». قال اليعمرى: وهذا إسناد صحيح.

وروى عن أنس بسند صحيح بلفظ: إذا قال المؤذن في الفجر: حى على الفلاح، قال: الصلاة خير من النوم. قال ابن سيد الناس اليعمرى: إسناد صحيح. وذهب إلى القول بشرعية التثويب عمر بن الخطاب، وابنه، وأنس، والحسن، وابن سيرين، والزهرى، ومالك، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداد، وأصحاب الشافعي، وهو رأى الشافعي في القديم ومكرهه عنه في الجديد، وهو مروى عن أبي حنيفة.

واختلفوا في محله، والمشهور الصحيح أنه في صلاة الصبح فقط؛ لورود الأحاديث بذلك، وسبب بعض الشيعة إلى أحد قولي الشافعي إثبات «حى على خير العمل مرتين»، وهو مكر خلاف ما في كتب الشافعية، وقد سبق تفريغ هذا الأحاديث، فلا حاجة للإعادة. انظر: نيل الأوطار (٣٧/٢ - ٣٩).

(٢) على، سقطت من المخطوطة.

أما رفع الصوت فركن^(١)، إذ لا يحصل الإبلاغ دونه. ثم لا تتأدى سنة هذا الشعار إلا بأن يعم صوت المؤذنين جميع أطراف البلد.

الخامس: يشترط الترتيب والموالاتة في كلمات الأذان، فإن عكسها لم يعتد به، وإن طَوَّل السكوت في أثنائها فقولان. ووجه البطلان: أنه يكاد يفوت مقصود الإبلاغ به. فإن قلنا: لا يطل، فلو تكلم في مثل تلك المدة فقولان. ولو بنى عليه غيره، فقولان مرتبان؛ لزيادة اللبس.

ولو ارتدَّ وطال الزمان فقولان مرتبان على السكوت، ولو قصر الزمان فقولان. ووجه البطلان: أن الردة تُحبط ما مضى من العبادة. ولو تكلم في أثناء الأذان بكلام يسير لم يضر إلا إذا رفع صوته على حدِّ الأذان، ففيه تردد؛ لأنه يجر لبساً.

* * *

الفصل الثالث: في صفات المؤذن

والمشروط ثلاث صفات:

أن يكون مسلماً عاقلاً ذكراً. فلا يُعتد بأذان الكافر، ويتصور ذلك منه إذا كان عيسوياً يعتقد أن محمداً ﷺ رسول الله إلى العرب^(٢). ولا يعتد بأذان المجنون والسكران المخبط. ويصح أذان الصبي المميز. ولا يعتد بأذان المرأة، أعنى أذان الإبلاغ للرجال، إذ رفع الصوت محرم عليها.

والصفات المسنونة ثلاث:

(١) الركن كالشرط كلاهما يتوقف عليهما وجود الشيء، إلا أن الركن يتوقف عليه وجود الشيء من عدمه، بمعنى أنه إذا لم يوجد الركن لم يوجد الشيء أصلاً؛ لأن الركن جزء من حقيقته كالركوع في الصلاة، فإن لم يوجد الركوع لم توجد الصلاة، فهي كعدمها، وهنا جعل المصنف رفع الصوت ركناً في الأذان، فإن لم يرفع الصوت عدم الأذان من أصله. يعكس الشرط، وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء صحيحاً، وهذا يعني إمكانية وجود الشيء مع تخلف شرطه، فيكون فاسداً لا باطلاً، فالشرط خارج عن حقيقة الشيء وليس جزء منه، بل هو وصف من أوصافه. انظر كتابنا المداخل الأصولية، مدخل الحكم الشرعي.

(٢) العيسوية نُسبوا إلى أبي عيسى إسحاق بن يعقوب الأصفهاني، وقيل: اسمه عوفيد الوهيم، أي عابد الله، كان في زمان المنصور، وابتدأ دعوته في زمن آخر ملوك بني أمية مروان بن محمد الحمار، فاتبعه بشر كثير من اليهود، وادعوا له آيات ومعجزات، خالف اليهود والنصارى، وحارب المسلمين، وقتل منهم كثير، وزعم أن الله يكلمه وأنه رسول المسيح المنتظر، وأنه أفضل الرسل، قُتِلَ بالرأي عليه لعنة الله. انظر: الملل والنحل للشهرستاني (٤٥/٢، ٤٦).

الأولى: الطهارة، فيعتد بأذان الجنب والمحدث مع كراهية، وكراهية الجنب أشد، والكراهية في الإقامة أشد.

الثانية: أن يكون صيًّا حسن الصوت؛ ليكون أرق لسامعيه.

الثالثة: أن يكون عدلاً ثقة؛ لإشرافه على بيوت الناس^(١)، ولتقلده عهدة موافقت العبادات.

مسائل ثلاث بها ختام الباب

الأولى: أن الإمامة أفضل من التأذين على الأصح؛ لأنه ﷺ واظب على الإمامة ولم يؤذن^(٢). وقيل: سبب ذلك أنه لو قال: «حي على الصلاة» للزم الحضور. وقيل: سببه أنه

(١) رقيقة مع الفقه: قال القرطبي: يروى أنه كان بمصر رجل ملتزم مسجداً للأذان والصلاة، وعيه بهاء العبادة وأنوار الطاعة، فرقى يوماً المنارة على عادته للأذان، وكان تحت المنارة دار لنصراني دمي، فاطلع فيها فرأى ابنة صاحب الدار، فافتن بها وترك الأذان، ونزل إليها ودخل الدار، فقالت له: ما شأنك؟ ما تريد؟ فقال: أنت أريد، قالت: لماذا؟ قال لها: قد سلبت لبي إلى ربيبة، قال لها: أتزوجك، قالت له: أنت مسلم وأنا نصرانية وأبى لا يزوجني منك، قال لها: أتتصر؟ قالت: إن فعلت أفعل، فتتصر ليتزوجها، وأقام معهم في الدار، فلما كان في أثناء ذلك اليوم رقى إلى سطح كان في الدار، فسقط منه فمات، فلا هو بدينه ولا هو بها، فعوذ بالله ثم نعوذ بالله من سوء العاقبة وسوء الخاتمة. انتهى. انظر: التذكرة للقرطبي (ص ٤٣).

(٢) قوله: الإمامة أفضل من التأذين. هو مذهب بعض أصحاب الشافعي، ونقل الشوكاني عن النووي أنه نص للشافعي واستدلوا بحديث: «إذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم»، وهو يدل على عدم اعتبار السن في الأذان كما يعتبر في الإمامة، واستدلوا أيضاً بأنه ﷺ والخلفاء الراشدين بعده أموا ولم يؤذنوا، وكذا كبار العلماء وفي ذلك نظر سيأتي في موضعه. والحديث أخرجه البخاري (١٦٢/١، ١٦٣، ١٧٥، ٢٠٧، ١٩١/٥)، ومسلم (المساجد ٢٩٢)، والنسائي (٩/٢)، وأحمد (٥٣/٥)، والبيهقي (٣٨٥/١، ١٧/٢، ٣٤٥، ٥٤/٣، ٩١)، والحاكم (٤٧/٣).

واستدل من قال بأفضلية الأذان على الإمامة، وهو نص الشافعي في الأم وقول أكثر أصحابه، بحديث: «إن المؤذنين أطول الناس أعناقاً يوم القيامة»، أخرجه أحمد (٩٥/٤، ٩٨)، والبيهقي (٤٣٢/١)، والهيثمي في مجمع الزوائد (٥٨٢٨)، والهندي في إتحاف السادة (٧/٣)، والزبيدي في كنز العمال (٢٠٩٢١)، والساعاتي في منحة المعبود (٣٢٩)، والمعوى في شرح السنة (٢٧٧/٢)، والسيوطي في الدر المنثور (٣٦٤/٥)، وبحديث: «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن»، وفيه أن المؤذن أفضل؛ لأن الأمين أرفع حالاً من الضامن. أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٧٨/١)، وأبو داود (٥١٧)، والترمذي (٢٠٧)، وأحمد (٢٣٢/٢، ٢٨٤، ٣٨٢، ٤١٩، ٤٢٤، ٤٦١، ٤٧٢، ٢٦٠/٥، ٦٥/٦)، والطبراني في الكبير (٣٤٣/٨)، وفي-

لو قال: «أشهد أن محمدًا رسول الله»^(١)، لخرج عن جزل الكلام؛ ولو قال: «أشهد أني رسول الله، لتغير نظم الأذان».

الثانية: يستحب أن يكون في المسجد المطروق مؤذنان، أحدهما للصبح قبل الفجر، والآخر بعده، كعادة بلال وابن أم مكتوم.

-الصغير (١٠٧/١، ٢١٤، ١٣/٢)، والألباني في إرواء الغليل (٢٣١/١) وغيرهم. وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أن الإمامة والأذان سواء في الفضل. وذهب بعضهم إلى أنه إن علم من نفسه القيام بحقوق الإمامة وجمع عصالها، فهي أفضل وإلا فالأذان، وهذه أفضل الأقوال الأربعة، حكاه الشوكاني عن أبي علي وأبي القاسم بن كح والمسدودي والقاضي حسين من أصحاب الشافعي.

أما قول المصنف: «واظب على الإمامة ولم يؤذن. قلت: أما مواظبته ﷺ على الإمامة فلائه مصدر التشريع إلى وفاته ﷺ، قال: «صلوا كما رأيتموني أصلي»». أخرجه البخاري (١٦٢/١)، (١١/٨، ١٠٧/٩)، والألباني في إرواء الغليل (٢٢٨/١، ٢٨/٢).

وأما قوله: «لم يؤذن، فذلك لأن الأذان لا يحتاج إلى تعليم كالصلاة المليقة بالحركات والقراءة والألفاظ وما يستجد فيها من أحداث في حياته ﷺ كالسهو، أما الأذان فغاياته مجموعة الألفاظ التي علمها الملك لعبد الله الأنصاري وأقره على ذلك النبي ﷺ. أما إمامة الخلفاء الراشدين من بعده، فلأن الإمامة في الصلاة دليل على إمامة الشرائع، وأيضًا إمامة الحاكم دليل لإقامته الصلاة التي تعصم دمه حين الفسق والظلم. وقيل: إنه ﷺ أذن مرة، وذلك فيما رواه الترمذي عن يعلى بن مرة، وهو غير صحيح، ففي الحديث أنه أمر المؤذن فأذن وأقام، فسقطت عندهم لفظًا أمر المؤذن، فوهموا أنه ﷺ أذن وأقام. رواه أحمد والترمذي. انظر: نيل الأوطار (١٤٣/٢، ٣٢/٢ - ٣٤).

وقد ذكر كثير من العلماء أن سبب امتناعه ﷺ عن الأذان اشتغاله بأمور النبوة والأمور المهمة للإسلام والمسلمين التي لا يقوم بها غيره، وكذلك الخلفاء من بعده. والأذان يحتاج إلى مترقب للأوقات، والله أعلم.

واعلم أن شروط الأذان قد توجد في أي أحد في الغالب، أما الإمامة فلا، فأحق الناس بالإمامة رسول الله، ويقدم أعلم الناس بالسنة، وهو السنة يل قرآن يمشى على الأرض، وهو الأثير على كل كبير سن، ثم إن السن يقدم بعد تساوى العلم، ولا يوجد ما يساويه، ثم من يَأْذُنْ لغير رسول الله ﷺ أن يأمرهم، فإن أمر هو بذلك علموا أنه مقبوض وأنه مستخلف، والإمام جعل ليقنّدي به وهو خير من يقنّدي به ﷺ، ثم إنه نهى أن يؤم الرجل الرجل في سلطانه. وسيأتي في أبواب الإمامة أنها تكليف لمن توافرت فيه شروط وليست تشریف.

(١) هذا القول غير صحيح؛ لأنه إن صح جدلاً، فإنه يعني أنه ﷺ لم يقل في صلاته مثلاً: «أشهد أن محمدًا رسول الله، وهذا غير صحيح، بل ثبت أنه قالها في مواطن كثيرة في الصلاة وغيرها، فيسقط الاستدلال بذلك، والله أعلم.

وإذا كثر المؤذنون، فلا يستحب أن يتراسلوا^(١)، بل إن وسع الوقت ترتبوا، وإن ضاق أذنوا آحادًا في أقطار المسجد، ثم إنما يقيم من أذن أولاً، فإن تساووا أقرع بينهم.

ووقت الإقامة منوط بنظر الإمام، ووقت الأذان منوط بنظر المؤذن. ولو سبق المؤذن الراتب أجنبى بالأذان، لم يستحق ولاية الإقامة على الأصح.

الثالثة: للإمام أن يستأجر على الأذان من بيت المال إذا لم يجد متطوعًا. وهل لآحاد الناس ذلك؟ فيه خلاف.

ووجه المنع: أن الفائدة لا تختص به، فليس له بذل المال عوضًا عما لا يحصل له.

* * *

الباب الثالث

في استقبال القبلة^(٢)

وقد كان رسول الله ﷺ يستقبل الصخرة من بيت المقدس مدة مقامه بمكة، وهي قبلة الأنبياء. وكان يقف بين الركنين اليمانيين، إذ كان لا يؤثر استدبار الكعبة^(٣)، فلما هاجر

(١) راسله في عمله: تابعه فيه. ويقال: راسله الغناء، ويقال: أرسل الكلام: أطلقه من غير تقييد. ويعني هنا أنه يؤذن العبارة، والثاني يرد عليه، وهكذا. انظر: المعجم الوسيط (٣٤٤/١).

(٢) القبلة: الجهة. يقال: ما لكلامه قبلة: جهة، وأين قبلتك: جهتك. والقبلة: الكعبة؛ لأن المسلمين يستقبلونها في صلاتهم. ويقال: اجعلوا بيوتكم قبلة: مسجدًا. وما له قبلة ولا ذبيرة: إذا لم يهتد لجهة أمره.

شرع الله للناس مكانًا مخصوصًا يتوجهون إليه في صلاتهم لاحتياجهم إلى جمع الخواطر وتأليف قلوبهم واتحاد همهم مع اختلاف أجناسهم وتباين لغتهم وتباعد أقطارهم وغير ذلك مما علمه الله لحلقه، وما لا يعلمه إلا هو، إذ هو منزّه عن المادة والجهة فاستقبال القبلة بهذا المعنى مستحيل عليه سبحانه، بل هي حاجتنا، إذ لو توجه كل واحد إلى جهة لعم الاختلاف وسادت الفوضى وتقطعت الأمة الواحدة إلى رايات يتعصب كل جنس أو أبناء وطن إلى رايتهم وقبيلتهم مما يفضي إلى القتال والهلاك، لذا اقتضت الحكمة الإلهية أن يجعل استقبال القبلة شرطًا في صحة الصلاة باستثناء فاقدها، فإنه صلى أينما تولى متحررًا من القبلة.

والكعبة: كانت قبلة أئينا إبراهيم وابنه إسماعيل، عليهما السلام، ومن تدين بديهما، وبيت المقدس، كان قبلة إسرائيل، عليه السلام، وبنيه. وسأيتي للمصنف ما كان عليه نبينا ﷺ، ثم ما صار عليه بعد النسخ، والله أعلم. انظر: المعجم الوسيط (٧١٣/٢).

(٣) اختلف العلماء في الجهة التي كان النبي ﷺ يستقبلها للصلاة وهو بمكة، وأصح هذه الأقوال ما ذكره المصنف، وهو ما صححه الحاكم وغيره من طريق ابن عباس وغيره: كان يصلى إلى بيت المقدس، لكنه كان لا يستدير الكعبة، بل يجعلها بينه وبين بيت المقدس. واستمر مستقبلًا بيت=

إلى المدينة لم يمكن استقبالها إلا باستقبال الكعبة، وعيَّرت اليهود، وقالوا: إياه على ديننا ويصلى إلى قبلتنا، فسأل الله تعالى أن يُحوِّله إلى الكعبة، فنزل قوله تعالى: ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ﴾ الآية [البقرة: ١٤٤] ^(١)، ثم للاستقبال ثلاثة أركان ^(٢): الصلاة التي فيها الاستقبال، والقبلة، والمصلى.

الركن الأول: الصلاة

ويتعين الاستقبال في فرائضها من أولها إلى آخرها، إلا في شدة الخوف حال القتال ^(٣).

ولا يجوز أداء الفرائض على الراحلة ^(٤)، وأما المنذور فحائز إن قلنا: يسلك به مسلك

=المقدس في المدينة بعد ذلك ستة عشر شهراً أو سبعة عشر شهراً، وقد حالت جغرافية المكان بينه وبين الكعبة، فكان يقلب وجهه في السماء حتى أرضاه الله، سبحانه، بالتولى ناحية المسجد الحرام. انظر: الدر المنثور (١/١٤٢)، الطبري (٢/١٣)، النسائي (الحج ب ١٥١)، الطبراني (١٢/٤٢٧)، أحمد (٢/٨٩)، البيهقي (٥/٧٦، ٧٧).

(١) وأسباب نزولها في البخاري (٨/٢٠ - ٢٤) (٦٥) كتاب التفسير الأبواب (١٢ - ٢٠) الأحاديث (٤٤٨٦ - ٤٤٩٤)، وفي مسلم (١/٣٧٤، ٣٧٥) (٥) كتاب المساجد (٢) باب تحويل القبلة من القدس إلى الكعبة، والترمذي (٢/١٦٩)، والنسائي (٢/٦٠، ٦١)، وابن ماجه (١/٣٢٢).

(٢) سبق أن فرقت بين الركن الذي هو حقيقة في الشيء، والشرط الذي هو وصف من أوصافه كما حكاه واصطلاح عليه أهل الأصول، والمصنف خلط هنا وفي غير هذه المسألة بينهما، وهذا تساهل منه، والله أعلم.

(٣) الاستثناء ليس في حال القتال فقط، بل لأحوال أخر منها: من غُمي عليه، والهرب من السيل والحية والغريم. أما تركها لعذر الخوف، فمن حديث نافع عن ابن عمر وأنه كان إذا سئل عن صلاة الخوف وصفها، ثم قال: فإذا كان خوف هو أشد من ذلك صلوا رجالاً قِياماً على أقدامهم وركبائاً، مستقبلى القبلة وغير مستقبلينها، قال نافع: ولا أرى ابن عمر ذكر ذلك إلا عن النبي ﷺ.

قال الشوكاني: ذكره البخاري في تفسير سورة البقرة، وأخرجه مالك في الموطأ. ورواه ابن خزيمة وأخرجه مسلم ورواه البيهقي وأخرجه البخاري أيضاً في صلاة الخوف بلفظ مرفوع إلى النبي ﷺ، وسيأتي ذلك في موضعه إن شاء الله.

(٤) هذا الوجه صحيح وما استدلووا به على أنه ﷺ صلى على راحلته، أخرجه أحمد والترمذي، وهو ضعيف لا تقوم به حجة. قال الشوكاني: وقد صحح الشافعي الصلاة المفروضة على الراحلة بشروط، وحكى النووي الإجماع على عدم صلاة الفريضة على الدابة. قال: فهو أمكنه استقبال القبلة والقيام والركوع والسجود على دابة واقفة عليها هودج أو نحوه جازت الفريضة على =

جائز^(١) الشرع لا مسلك واجبه. والأصح أن صلاة الجنائز لا تقام على الراحلة؛ لأن الركن الأظهر فيها القيام.

ثم ليس منع الفرض على الراحلة للانحراف عن القبلة فقط، بل لو صلى على بعير معقول أو في أرجوحة معلقة بالخيال لم تجز؛ لأنها غير معدة للقرار، بخلاف السفينة التجارية والزورق المشدود على الساحل؛ لأنها كالسرير والماء كالأرض.

والسفينة الحارية تمس حاجة المسافر إليها، إذ الخروج إلى الساحل متعذر للصلاة، وفي صلاة المقيم ببغداد في الزوارق الحارية مع تمام الاستقبال والأفعال تردد واحتمال.

أما النوافل: فيجوز إقامتها في السفر الطويل راكباً وماشياً رخصة وترغيباً في تكثير النوافل، روى ابن عمر، رضي الله عنهما: «أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي على راحلته أنى توجهت به دابته»^(٢).

وروى: «أنه ﷺ أوتر على البعير»^(٣)، فاستدل به الشافعي، رضي الله عنه، على أنه

=الصحيح من مذهبننا، فإن كانت سائرة لم تصح على الصحيح المنصوص للشافعي. قال أصحابنا: يصلي الفريضة على الدابة بحسب الإمكان، ويلزمه إعادته؛ لأنه عذر نادر. انتهى. قلت: وما يؤيد هذا وما ذهب إليه المصنف حديث صحيح يعارض حديث يعلى بن مرة السابق ذكره، وهو عن عامر بن ربيعة، قال: رأيت رسول الله ﷺ وهو على راحلته يسبح يومئ برأسه قبل أى وجهة توجه، ولم يكن يصنع ذلك في صلاة المكتوبة، متفق عليه. انظر: نيل الأوطار (١٤٣/٢، ١٤٤)، سنن أبي داود (١٢٢٦).

(١) قوله: جائز الشرع، أى المباح الذى خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والتترك، من غير ترجيح بينهما، وحكمه: أنه لا يستوجب مدحاً ولا ذمّاً ولا لوماً ولا عتاباً، وقد سماه أهل الأصول تكليفاً؛ لأنه يتضمن لفظ التكليف لا حقيقة، وذلك بالنظر إلى وجوب اعتقاد كونه مباحاً، أو من باب التغليب من أجل أنه طلب فعل أو ترك. انظر كتابنا المدخل الأصولية مدخل الحكم الشرعى.

(٢) أخرجه البخارى (١١٠/١)، ومسلم (صلاة المسافر ب ٤ رقم ٣٢، ٣٧)، والترمذى (٣٥٢)، ومصنف ابن أبى شيبة (٤٩٤/٢، ٤٩٦)، والبيهقى (٤/٢، ٦)، وكنتز العمال (١٧٩٤٢)، ورواه مقيد بالسفر النسائى (٢٤٤/١، ٦١/٢)، وأحمد (٢٦٢/٢، ٧٢)، ومصنف ابن أبى شيبة (٤٩٤/٢)، والهيثمى فى مجمع الزوائد (١٦٢/٢)، والساعاتى فى يدائع اللئى (١٨٢) وروى مقيداً بالتطوع بالفاظ كثيرة، منها ما رواه أحمد (٢٠/٢، ٣٠٥/٣)، وجامع مسابيد أبى حنيفة (٣٨٨/١)، ومصنف عبد الرزاق (٤٥١٦، ٤٥٢٠)، وكنتز العمال (٢٣٣٦٧)، (٢٣٣٦٨)، وأحمد أيضاً (٣٧٨/٣)، والدر المنثور للسيوطى (١٠٩/١).

(٣) حديث الوتر على البعير أخرجه البخارى فى صحيحه (ح ٩٩٩)، وله أطراف عنه، عن سعيد ابن يسار، قال: كنت أسير مع عبد الله بن عمر بطريق مكة، فقال سعيد: فلما خشيت

غير واجب^(١). وفي السفر القصير قولان:

أحدهما: جواز التنفل على الراحلة؛ لمسيس الحاجة. والثاني: لا؛ لأنه تعير ظاهر لهيئة الصلاة، فتختص بالطويل لا القصير، وذهب الإصطخري إلى جواز ذلك للمقيم، وهو خلاف نص الشافعي، رضى الله عنه.

ثم نظر في استقبال القبلة للمتفل، وكيفية أحواله: أما الاستقبال، ففي ابتداء الصلاة أربعة أوجه: أحدها: أنه يجب الاستقبال عند التحريم؛ لأنه لا عُسر فيه، بخلاف الدوام، فأشبهه النية.

والثاني: أنه لا يجب؛ لأن هذه الحاجة تعم جميع الصلاة. الثالث: أن العنان والزمَام إذا كان بيده وجب؛ لتيسره، وإن كانت الدابة مقطرة فلا. الرابع: أن وجه الدابة إن كانت إلى القبلة فلا يجوز تحريفها، وإن كان إلى الطريق فلا يلزمه تحريفها إلى القبلة، وإن كان إلى غيرهما فلا بد من التحريف، فليحرفها إلى القبلة، ثم ليستبد في الطريق.

ثم من أوجب في الابتداء تردد في وقت السلام كما في النية.

أما دوام الصلاة، فلا يجب الاستقبال فيها، لكن صوب الطريق بدل عن القبلة، فلو كان راكب تعاسيف^(٢)، فلا يتنفل أصلاً؛ لأن الثبوت في جهة لا بد منه، فلو كان لمقصده صوب، ولكن لم يسلك طريقاً معلوماً فقولان.

فرع: لو انحرفت الدابة، في أثناء الصلاة، عن صوب الطريق نُظِر:

فإن كان بتحريفه عمداً ولو في لحظة بطلت صلاته، وإن كان ناسياً للصلاة وتدارك مع قصر الزمان لم تبطل، وإن طال ففيه خلاف، ومثله جارٍ في الاستدبار ناسياً، ثم إذا لم تبطل يسجد للسهو.

وإن كان يجتاح الدابة بطل إن طال الزمان، كما إذا أمال المستقبل إنسان، وإن قصر

=الصبح نزلت فأوترت ثم لحقته، فقال عبد الله بن عمر: أين كنت؟ فقلت: حشيت الصبح، فنزلت فأوترت، فقال عبد الله: أليس لك في رسول الله ﷺ أسوة حسنة؟ فقلت: بلى والله، قال: فإن رسول الله ﷺ كان يوتر على اليعير. وأخرجه مسلم (ح ٧٠٠)، والسنائي (٢٣٢/٣) (ح ١٦٨٧، ١٦٨٨)، وابن ماجه (ح ١٢٠٠).

(١) أى استدل الشافعي بهذا الحديث على أن صلاة الوتر غير واجبة مع ما صرح أنه ﷺ لم يصل الفريضة وهي واجبة على الراحلة.

(٢) التعاسيف، يقال: هو يركب التعاسيف، إذا لم يسلك الطريق المستقيم. انظر: المعجم الوسيط (٦٠١/٢) مادة (عَسَف).

الزمان فوجهان في الإمالة، والظاهر أنه في الجماع أنه لا ييطل؛ لأن جماع الدابة عام، ثم هاهنا لا يسجد للسهو إذ لا تقصير منه.

أما كيفية الأفعال، فإن كان في مرقد فليتم الركوع والسجود، وإن كان على سرج أو رَحْل فينحني لهما، ويجعل السجود أخفض من الركوع، ولا يلزمه أن ينحني، بحيث يساوى الساجد على الأرض، ولا أن تمس جبهته شيئاً؛ لأن نزقات^(١) الدابة لا تؤمن.

أما الماشي، فيتنفل عندنا خلافاً لأبي حنيفة. وحكم استقباله حكم راكب بيده رمام دابته. ونقل عن الشافعي، رضي الله عنه، أن الماشي يركع ويسجد ويقعد ويستقر لا بشاً في هذه الأركان، ولا يمشي إلا في حالة القيام قارئاً.

وخرج ابن سريج قولاً: أنه لا يلبث ويقتصر على الإيماء بالسجود والركوع؛ كيلا يتعطل مقصود السفر.

فرعان: الأول: لو مشى في نجاسة قصداً فسدت صلاته، بخلاف ما لو وطئ فرسه نجاسة، ولا يكلف الماشي أن يُبالغ في التحفظ عن النجاسات اليابسة، فإن ذلك مما يكسر في الطرق.

الثاني: لو عزم على الإقامة وهو في أثناء الصلاة، فليس له أن يتم راكباً، بل عليه أن ينزل ويتم، وإن لم يعزم على الإقامة، وهو متردد لحاجته في الاستمرار، وقف على رجله، فله أن يتم.



الركن الثاني: القبلة

وفيها مسائل تشعب من موقف المستقبل:

الموقف الأول: جوف الكعبة:

فالواقف فيها له أن يستقبل أى جدار شاء^(٢)، ولهم عقد الجماعة متدابرين مستقبين

(١) بَرَقَ العرس ونحوه نَزَقاً ونَزَوْقاً: وثب وتقدم في خفة. ونَزَقَ الرجل نَزَقاً ونَزَوْقاً: خف وطاش. النَّزَقُ: الخفة والطيش في كل أمر. يقال: في كلامه نَزَقٌ. والمجلة في جهل وخمق انظر المعجم الوسيط: (٩١٤/٢) مادة (نَزَق).

(٢) ودليل ذلك حديث عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد، وعثمان بن طلحة، وبلال بن رباح، فأغلقها عليه ومكث فيها، فسألت بلالا حين خرج: ماذا صنع رسول الله ﷺ؟ فقال: جعل عموداً عن يساره وعموداً عن يمينه، وثلاثة أعمدة وراءه، ثم صلى. أخرجه البخاري (ح ٤٦٨)، ومسلم (ح ٣٩١)، (١٣٢٩). والحاكم =

للجدران، ولو استقبل الباب وهو مردود صح؛ لأنه من أجزاء البيت، وإن كان مفتوحاً والعتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرجل جاز، وإن كانت أقل فلا، ولو انهدمت الكعبة - والعباد بالله - فوقف في وسط العرصة لم تصح صلاته، إلا أنه يكون بين يديه شجرة أو بقية من حيطان البيت. وخرج ابن سريج قولاً: إنه يصح صلاته؛ لأن بين يديه أرض الكعبة، وهو مستعل عليها.

الموقف الثاني: سطح الكعبة:

ولا تصح الصلاة عليها إن لم يكن بين يديه شيء شاخص من نفس الكعبة كسترتها؛

= (٤٢٩/٣)، ومجمع الزوائد (٢٩٥/٣).

ويعكر عليه حديث آخر صحيح استدلل به المانعون من الصلاة داخل الكعبة، وهو عن ابن عباس، قال: لما دخل رسول الله ﷺ البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج، فلما خرج ركع ركعتين من قبل الكعبة، وقال: وهذه القبلة. أخرجه البخاري (ح ٣٩٨)، ومسلم (٣٩٥، ١٣٣٠).

قال الشوكاني: وقد عارض أحاديث صلاته ﷺ في الكعبة حديث ابن عباس عند البخاري وغيره، وذكر الحديث. قال الحافظ: ولا معارضة في ذلك بالنسبة إلى التكبير؛ لأن ابن عباس أثبت له بلال، وأما الصلاة، فإثبات بلال أرجح؛ لأن بلال كان معه يومئذ ولم يكن معه ابن عباس، وإنما استند في نفيه تارة إلى أسامة، وتارة إلى أخيه الفضل، مع أنه لم يثبت أن الفضل كان معهم إلا في رواية شاذة، وقد روى أحمد من طريق ابن عباس عن أخيه الفضل نفى الصلاة فيها، فيحتمل أن يكون تلقاه عن أسامة، فإنه كان معه.

وقد روى عنه نفى الصلاة في الكعبة أيضاً مسلم من طريق ابن عباس. ووقع إثبات صلاته فيها عن أسامة من رواية ابن عمر عنه، فتعارضت الروايات في ذلك، فترجح رواية بلال من جهة أنه مثبت وغيره ناف، ومن جهة أنه لم يختلف عنه في الإثبات، واختلف عني من نفى. وقال النووي وغيره: يجمع بين إثبات بلال ونفى أسامة بأنهم لما دخلوا الكعبة اشتغلوا بالدعاء، فرأى أسامة النبي ﷺ يدعو، فاشتغل بالدعاء في ناحية والنبي ﷺ في ناحية، ثم صلى النبي ﷺ، فرآه بلال لقربه منه، ولم يره أسامة لبعده واشتغاله، ولأن بإغلاق الباب تكون الظلمة مع احتمال أنه يحجب عنه بعض الأعمدة فنفاها عملاً بظنه. وقال المحب الطبري: يحتمل أن يكون أسامة غاب عنه بعد دخوله للحاجة، فلم يشهد صلاته، ويشهد له ما رواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن أسامة، قال: دخلت على رسول الله ﷺ الكعبة، فرأى صوراً فدعا بدلو من ماء، فأتيته به، فضرب به الصور. قال الحافظ: إسناده جيد.

قال القرطبي: فعله استصحب النفي لسرعة عوده. انتهى. واعتذروا عن قول أسامة بأعداد تبطل التعارض وترجح الجمع، وأنكر ابن رشد الجمع، وقال: فيه عسر. وأظهر عدم حوار الصلاة داخل الكعبة، والصحيح الجواز؛ لإمكان الجمع كما ترى. انظر: نيل الأوطار (١٤١/٢، ١٤٢)، بداية المجتهد (١٧٨/٢، ١٧٩).

أو خشبة لأنه لا يسمى مستقبلاً، بخلاف ما لو وقف على أبي قبيس^(١) والكعبة تحته، فإنه يُسمى مستقبلاً لخروجه منها، ولو وضع بين يديه شيئاً لا يكفيه؛ لأنه ليس جزءاً، ولو غرز بين يديه خشبة، فوجهان؛ لأن المثبت بالفرز قد يعد من أجزاء البناء.

الثالث: الواقف في المسجد:

يلزمه محاذاة الكعبة، فلو وقف على طرف ونصف بدنه في محاذاة ركن، ففي صحة صلاته وجهان، ولو امتد صف مستطيل قريب من البيت فالخارجون عن سمت^(٢) البيت ومحاذاته لا صلاة لهم، وهؤلاء بعينهم قد يفرض تراخيهم إلى آخر باب المسجد فتصح صلواتهم؛ لحصول صورة الاستقبال من حيث الاسم.

الرابع: الواقف بمكة خارج المسجد:

ينبغي أن يسوى محرابه^(٣) بناء على عيان الكعبة، فإن دخل بيتاً ولم يقدر على معاينة الكعبة لتسوية القبلة، فله أن يستدل على الكعبة بما يدل عليه.

الخامس: الواقف بالمدينة:

ينزل محراب رسول الله ﷺ في حقه منزلة الكعبة، إذ لا يمكن الخطأ فيه، ولا يجوز الاجتهاد فيه بالتيامن والتيسار.

أما في سائر البلاد، فيحوز الاعتماد على المحراب المتفق عليه. والظاهر جواز الاجتهاد في التيامن والتيسار. وقيل: إن ذلك ممنوع.

الركن الثالث: في المستقبل

فإن كان قادراً على معرفة جهة القبلة يقيناً، لم يميز له الاجتهاد^(٤)، فإن عجز عن

(١) جبل يشرف على مكة. قيل: أول جبل وضع على الأرض. انظر: البداية والنهاية (٢٠/٣).

(٢) السَّمْتُ: الطريق الواضح، والمذهب، والسكينة والوقار، والهينة. ونقطة في السماء فوق رأس المشاهد. انظر: المعجم الوسيط (٤٤٧/١) مادة (سَمْتُ).

(٣) المحراب: الغرفة. وفسر به قوله تعالى: ﴿فخرج على قومه من المحراب﴾، والقصر. وفي التنزيل العزيز: ﴿يعملون له ما يشاء من محاريب﴾، وصدر البيت وأكرم موضع فيه. ومقام الإمام من المسجد. ويقال: رجل محراب: خبير بالحرب شجاع، جمع محاريب. انظر: المعجم الوسيط (١٦٤/١).

(٤) الاجتهاد مأخوذ من الجهد المشقة، والنهاية والغاية، والوسع والطاقة. ويقال: جهّد جاهد. وفي الاصطلاح: است فراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع است فراغ الوسع فيه، وهو سبيل مسائل الفروع. وقيل: هو طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه. انظر: المعجم الوسيط =

اليقين اجتهد، فإن عجز عن الاجتهاد بالعمى، فليقلد شخصاً مكلفاً مسلماً عارفاً بدلائل القبلة^(١).

أما المجتهد، فليس له أن يقلد غيره^(٢)، فإن ضاق عليه الوقت، وهو مارٌّ فى نظره، فهو كمن يتناوب مع جمع على بئر، وعلم أن التوبة لا تنتهى إليه إلا بعد الوقت. وقد ذكرنا حكمه.

وإن ارتج عليه طريق الصواب وتحير، ففي تقليده خلاف، واختيار المزنى جوازه؛ لأنه الآن كالأعمى، ومنهم من منع لأنه ناظر والتقليد لا يليق به.

فإن قلنا: لا يقلد فيصلى على حسب حاله، ثم يقضى كالأعمى إذا لم يجد من يرشده، والأصح أنه يقلد ولكن يقضى؛ لأن هذا عذر نادر.

أما البصير الجاهل بالأدلة، فيبتنى أمره على أن تعلم أدلة القبلة هل يتعين؟ وفيه خلاف.

فإن قلنا: يتعين، فالتقليد لا يسقط القضاء عنه؛ لأنه مُقَصِّر. وإن قلنا: إنه لا يتعين، فهو كالأعمى.

هذا بيان محل التقليد والاجتهاد. فأما حكم الاجتهاد فإنه إذا بنى عليه لم يلزمه قضاء الصلاة إلا إذا تبين له الخطأ وبان جهة الصواب.

ففى القضاء قولان: أحدهما: لا يجب؛ لأنه أدى ما كلف، وهذا مذهب أبى حنيفة والمزنى. والثاني: أنه يجب؛ لأنه فات المقصود.

والقولان جاربان فى الاجتهاد فى الأواني والثياب، وكذا فى وقت الصوم والصلاة إن بان له أنه أداها قبل الوقت، فأما إذا وقع بعد الوقت، فلا قضاء.

= (١٤٢/١)، إرشاد الفحول (ص ٢٥٠).

(١) من الشروط التى تتوافر فى المقلد غير ما ذكره المصنف، أن يكون عدلاً غير مجهول الحال، فإن الفاسق لا يقلد؛ لأنه غير مؤمن، ويستدل عليه بأن يرى الناس متفقين على سؤاله والرجوع إليه. انظر كتابنا معايير التأويل الباب الأول الفصل الثالث.

(٢) قوله: فليس له أن يقلد غيره. وذلك لأنه يتمكن بالقوة من الاجتهاد لما فيه من صفات ومؤهلات الاجتهاد، وكذلك لا يحل لمجتهد غيره أن يقلده فيما يخالف اجتهاده، بل لا يجوز له التقليد مطلقاً، ولا يجوز للعمى أن يقلد المجتهد فيما ليس عليه دليل؛ لأن اجتهاده رخصة له لا لغيره، فإن وجد دليلاً على قوله قلد. انظر المرجع السابق الباب الأول الفصل الأول.

هذا فيمن عجز عن درك اليقين في الوقت. فأما من اجتهد في أول الوقت وهو متمكن من الصبر، فالأوجه أن يُقال: اجتهاده صحيح بشرط الإصابة وسلامة العاقبة، أما إذا بان الخطأ يقيناً، ولم تظهر له جهة الصواب إلا بالاجتهاد، ففي القضاء قولان مرتبان، وأولى بأن لا يجب؛ لأن الخطأ أيضاً ممكن في القضاء، فأشبه خطأ الحجيح يوم عرفة.

أما إذا تغير حاله في الصلاة بأن تيقن أنه مستدبر للكعبة، فإن أوجبنا القضاء بطلت صلاته ولزمه الاستئناف، وإن قلنا: لا قضاء، فقولان:

أحدهما: أنه يتحول إلى الجهة الأخرى. والثاني: أنه يستأنف؛ لأن الجمع في صلاة واحدة بين جهتين مستنكر.

ولو تبين بالاجتهاد أنه مستدبر، فحكمه حكم التيقن. أما إذا ظهر الخطأ يقيناً أو ظناً، ولكن لم تظهر جهة الصواب، فإن طال زمان التحير بطل، وإن قصر فقولان، ثم حدّ الطول أن يمضي ركن، أو وقت مضى ركن والقصر دون ذلك، فإن عجز عن الدرك بالاجتهاد على القرب بطلت صلاته، وإن قدر على ذلك، ففي البطلان قولان مرتبان. وأولى بالبطلان لأجل التحير.

ثم مدة القرب تعتبر بما إذا صُرف وجه المصلي عن القبلة قهراً.

هذا كله في الخطأ في الجهة، فإن بان له الخطأ في التيامن والتياسر، فهذا هل يؤثر؟ فيه خلاف، مبنى على أن المطلوب جهة الكعبة أو عينها؟ هكذا قاله الأصحاب، وفيه نظر؛ لأن الجهة لا تكفي، بدليل القريب من الكعبة إذ خرج عن محاذاة الركن، فإنه لا تصح صلاته مع استقبال الجهة.

ومحاذاة العين أيضاً ليس بشرط، فإن الصف الطويل في آخر المسجد لو تراحفوا إلى الكعبة خرج بعضهم عن محاذاة العين، وتصح صلاتهم، فكيف الصف الطويل في أقصى المشرق^(١).

(١) قال ابن رشد: اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ حَيْثُ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٥٠]، أما إذا أبصر البيت، فالفرض عندهم هو التوجه إلى عين البيت، ولا خلاف في ذلك، وأما إذا غابت الكعبة عن الأبصار، فاختلَفوا من ذلك في موضعين:

أحدهما: هل الفرض هو العين أو الجهة؟

والثاني: هل فرضه الإصابة أو الاجتهاد؟ أعني إصابة الجهة أو العين عند من أوجب «العين»، فذهب قوم إلى أن الفرض هو العين، وذهب آخرون إلى أنه الجهة. والسبب في اختلافهم هو =

«ففى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ حِثَّ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾، محذوف حتى يكون تقديره: ومن حيث خرجت فول وجهك جهة شطر المسجد الحرام، أم ليس هاهنا محذوف أصلاً، وأن الكلام على حقيقته، فمن قدر هنالك محذوفاً، قال الفرض الجهة، ومن لم يقدر محذوفاً، قال: الفرض العين، والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المحاز.

قلت: هذا ما تقرر فى الأصول. وقد يقال: إن الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام: «ما بين المشرق والمغرب قبلة، إذا توجهت نحو البيت». فت: أخرجه البيهقى (٩/٢)، والحاكم (١/١٩٦)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. واسترمدى (١٧١/٢) ح (٣٤٤)، وقال: حسن صحيح، وابن ماجه (٣٢٣/١)، كلهم بطرق مختلفة.

قال الشوكاني: والحديث يدل على أن الفرض على من بعد عن الكعبة الجهة لا العين، وإليه ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد، وهو ظاهر ما نقله المزني عن الشافعى، وقد قال الشافعى أيضاً: إن شطر البيت وتلقاه وجهته واحد فى كلام العرب. انتهى. قال ابن رشد: قالوا: واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة، يدل على أن الفرض ليس هو العين، أعنى إذا لم تكن الكعبة مبصرة. قلت: وهو مذهب المصنف هنا. والذي أقول: إنه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجاً، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، فإن إصابة العين شيئاً لا يدرك إلا بتقريب، وتسامح بطريق الهندسة، واستعمال الأرصاد فى ذلك، فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لا نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبني على الأرصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها. انتهى.

وروى الشوكاني قولاً آخر عن الشافعى، وهو أظهر قوله إلى أن فرض من بعد العين وأنه يلزمه ذلك بالظن؛ لحديث أسامة بن زيد، وقد عرفت فى التحقيق لهذا الحديث ما تعذر به العلماء لأسامة بن زيد.

قال ابن رشد: وأما المسألة الثانية، فهى هل فرض المجتهد فى القبلة الإصابة أو الاجتهاد فقط، حتى يكون إذا قلنا: إن فرضه الإصابة متى تبين له أنه أخطأ أعاد الصلاة، ومتى قلنا: إن فرضه الاجتهاد لم يجب أن يعيد إذا تبين له الخطأ، وقد كان صلى قبل اجتهاده؟ أما الشافعى، فزعم أن فرضه الإصابة، وأنه إذا تبين له أنه أخطأ أعاد أبداً.

وقال قوم: لا يعيد، وقد مضت صلاته ما لم يتعمد، أو صلى بغير اجتهاد، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، إلا أن مالكا استحب له الإعادة فى الوقت.

وسبب الخلاف فى ذلك معارضة الأثر للقياس مع اختلاف أيضاً فى تصحيح الأثر الوارد فى ذلك.

أما القياس، فهو تشبيه الجهة بالوقت، أعنى بوقت الصلاة، وذلك أنهم أجمعوا على أن الفرض فيه هو الإصابة، وأنه إن انكشف للمكلف أنه صلى قبل الوقت، أعاد أبداً، إلا خلافاً شاذاً فى ذلك عن ابن عباس، وعن الشعبي، وما روى عن مالك من أن المسافر إذا جهل، فصلّى العشاء قبل غيوبة الشفق، ثم انكشف له أنه صلاها قبل غيوبة الشفق، أنه قد مضت صلاته، ووجه=

فعل مراد الأصحاب أن بين موقف المحاذي الذي يقول المحاذق فيه: إنه على غاية السداد، وبين موقفه الذي يقال فيه: إنه خرج عن اسم الاستقبال بالكعبة، مواقف يقال فيها: إن بعضها أسدٌ من بعض، وإن كان الكل سديداً، فطلب الأسد هل يجب؟ فيه وجهان، أحدهما: نعم؛ لإمكانه. والثاني: لا؛ لأن حقيقة المحاذاة في المسجد ممكن، ثم لم تجب اكتفاء بالاسم، فكذا هاهنا.

فروع أربعة: الأول: لو صلى أربع صلوات إلى أربع جهات بأربع اتجاهات، فالص أنه لا قضاء قولاً واحداً؛ لأن الخطأ لم يتعين. وخرج صاحب التقريب أنه يفضى الكل كما لو نسي ثلاث صلوات من أربع صلوات.

الثاني: إذا صلى الظهر باجتهد، فهل يلزمه استئناف الاجتهاد للعصر؟ فعلى وجهين، ينظر في أحدهما إلى تعدد الصلاة وإمكان تغيير الاجتهاد. وفي الثاني إلى اتحاد القبلة واتحاد المكان.

=الشبه بينهما أن هذا ميقات وقت، وهذا ميقات جهة.

وأما الأثر، فحديث عامر بن ربيعة، قال: كنا مع رسول الله ﷺ في ليلة ظمء في سفر، فحفت علينا القبلة، فصلى كل واحد منا إلى وجه، وأعلمنا فلما أصبحنا، فإذا نحن قد صلينا إلى غير القبلة، فسألنا رسول الله ﷺ، فقال: مضت صلاتكم. قلت: أخرجني أبو داود (١١٤٥)، والترمذي (٣٤٥)، وابن ماجه (١٠٢٠)، والدارقطني (٢٧٢/١)، وأبو نعيم (١٧٩/١)، والبيهقي (١١/٢)، والعقيلي في الضعفاء (٣١/١)، قال الترمذي: ليس إسناده بذلك. وقال العقيلي: ليس يروى من وجه يثبت متنه. والحديث ضعيف ضعفه العلامة أحمد شاكر في تعليقه على الطبري (٥٣١/٢)، والحديث فيه عاصم بن عبيد الله بن عاصم بن عمرو، عن أبيه، ضعفه مالك، وابن معين، قاله الذهبي في المغني في الضعفاء (٥٠٧/١)، وابن الجوزي في الضعفاء (٧٠/٢).

ونزلت: ﴿ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله﴾ [البقرة: ١١٥]. وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة، وتكون فيمن صلى فأنكشف له أنه صلى لتغير القبلة، والجمهور على أنها مسبوحة بقوله تعالى: ﴿ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٤٩]، فمن لم يصح عنده هذا الأثر، قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان، ومن ذهب مذهب الأثر لم تبطل صلاته. انتهى. انظر: الناسخ والمنسوخ للنحاس (ص ١٩ - ٢٢)، بداية المجتهد (١٧٥/٢ - ١٧٨)، نيل الأوطار (١٦٨/٢، ١٦٩).

فائدة: قال الشوكاني: فرق بين الإصابة والصواب، فإن إصابة الحق هو الموافقة، بخلاف الصواب، فإنه يطلق على من أخطأ الحق ولم يصبه من حيث كونه قد فعل ما كلف به واستحق الأجر عليه، وإن لم يكن مصيباً للحق وموافقاً له. أ.هـ. انظر: إرشاد الفحول (ص ٢٦٢).

الثالث: إذا أدى اجتهاد رجلين إلى جهتين، فلا يقتدى أحدهما بالآخر^(١).

الرابع: إذا تحرم المقلد بالصلاة، فقال له من هو دون مقلده أو مثله: أخطأ بك فلا، لم يلزمه قبوله، وإن كان أعلم منه، فهو كتغير اجتهاد البصير في أثناء الصلاة. ولو قطع بخطئه وقال: القبلة وراءك، وهو عدل، فيلزمه القبول؛ لأن قطعه أرجح من ظن غيره. ولو قال بصير للأعمى المتلبس بالصلاة: أنت مستقبل الشمس، وعلم الأعمى أن القبلة ليست في جهة الشمس، فعليه قبوله؛ لأن هذا إخبار عن محسوس لا اجتهاد^(٢).

* * *

الباب الرابع

في كيفية الصلاة

وأفعال الصلاة تنقسم إلى أركان، وأبعض، وسنن^(٣) وهيات.

(١) هذا صحيح، وهو ما تقرر في الأصول؛ لأنه لا يحمل أن يقلد أحدهما الآخر، ولا أن ينقض أحدهما باجتهاده ما حكم به غيره؛ لما يقع به من الفتن والاختلاف، إلا أن يكون ما ينقض به قطعي عن محسوس.

(٢) لأن المحسوس ما لم يقع عن نظر واستدلال، وهو الذي يقع بإحدى الحواس الخمس الظاهرة لا الباطنة التي قال بها الفلاسفة، وهو يفيد القطع، والاجتهاد يفيد الظن. وهناك فروع أخرى لم يذكرها المصنف تقرر في الأصول، منها:

- لا يكون لمجتهد قولين مختلفين في وقت واحد، بل يحكم بأقواهما، فإن تعادلا وجب الترجيح بينهما.

- قد يكون له قولين مختلفين في وقتين مختلفين، وذلك لتغير الاجتهاد وظهور الأولى، فيأخذ به مما كان قد أخذ به.

- إذا حكم بما يخالف اجتهاده، فحكمه باطل؛ لأنه متعبد به، إلا أن يكون قد رجع عن الأول. انتهى.

(٣) سبق أن تكلمنا عن الركن في بيان الفرق بينه وبين الشرط، ومستأنوله مرة أخرى على وجه الخصوص، فنقول: الركن في اللغة: أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها، وجزء من أجزاء حقيقة الشيء. يقال: ركن الصلاة، وركن الوضوء، والأمر العظيم، وما يتقوى به من ملك وجند وقوم. وفي التنزيل: ﴿لَوْ أَن لِّيَكْمُ قُوَّةٌ أَوْ آوَى إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾. وعلان ركن من أركان قومه: شريف من أشرفهم. وجانب من برامج الإذاعة يخصص لموضوع معين، كركن الريف، وركن العمال، وما إلى ذلك. وفي النظام العسكري: ضابط ذو مؤهل عال في العلوم العسكرية، ومساعد قائد الوحدة في الجيش، جمع أركان وأركان.

وفي الاصطلاح: هو وصف ظاهر منضبط يتوقف عليه وجود الشيء الذي هو جزء من أجزائه وحقيقة منه يستلزم من وجوده وجود الشيء، ويستلزم من عدمه عدم الشيء. وذكر صاحب=

أما الأركان، فأحد عشر: التكبير، والقراءة، والركوع، والاعتدال منه، مع الطمأنينة فيهما، والسجود، والقعود بين السجدين مع الطمأنينة، والشهد الأخير، والقعود فيه، والصلاة على النبي ﷺ، والسلام.

وأما النية، فبالشروط أشبه كاستقبال القبلة، والطهارة، ولو كانت النية ركنًا لافتقرت إلى نية.

وأما الأبعاض: فيما ينحجر تركه بسجود السهو، وهو أربعة: القنوت، والتشهد الأول، والقعود فيه، والصلاة على النبي ﷺ، على أحد القولين.

وأما الهيئات: فما لا يجبر تركها بالسجود، كتكبير الانتقالات والتسبيحات. فلنورد هذه الأركان بسننها على ترتيبها:

القول في النية^(١)

— من التنقيح أن الركن هو ما يقوم به الشيء، واستنكر ذلك كثير من أهل الأصول، فقال: شنع بعض الناس على أصحابنا فيما قالوا. الإقرار ركن زائد والتصديق ركن أصلي، فإنه إن كان ركنًا، يلزم من انتفائه انتفاء المركب، كما ينتفى العشرة بانتفاء الواحد. فنقول: الركن الزائد شيء اعتبره الشرع في وجود المركب، لكن إن عدم بناء على ضرورة، جعل الشارع عدمه عفوًا، واعتبر المركب موجودًا حكمًا. وقولهم للأكثر حكم الكل من هذا الباب، وهذا نظير أعضاء الإنسان، فالرأس ركن ينتفى الإنسان بانتفائه، واليد ركن لا ينتفى بانتفائه، ولكن ينقص. انتهى.

وهذا الاعتذار ظاهره مقبول مردود عند النظر والتحقيق؛ لأن الركن الذي يتوقف عليه وجود الشيء وليس حقيقة فيه، بل هو زائد لا يكون إلا شرطًا، والركن عدمه يطل الشيء ويزيله من أصله، أما الشرط فيتوقف عليه الشيء صحيحًا، وهذا يعني إمكانية وجود الشيء إذا عدم الشرط، لكن يكون فاسدًا، ورأس الإنسان بمنزلة الركن، ويده بمنزلة الشرط.

أما قوله: أبعاض، فهي عند غيره: واجبات، وهي ما دون الأركان، وهي إن تركت عمدًا بطلت صلاته، وإن تركت سهوًا حيرت بالسجود على ما سيأتي. انظر: كتابنا المداخل الأصولية، مدخل الحكم، التنقيح (٢/٢٧٣)، المعجم الوسيط (١/٣٧٠).

(١) النية: توجه النفس نحو العمل. ويقال: فلان نيتي: قصدى، والحاجة، والبعد، والمكان الذي ينوى المسافر إليه قريبًا كان أو بعيدًا. ومدار الأعمال التعبدية عليها، فمن العلماء من جعلها ركنًا، ومنهم من جعلها شرطًا، وقال النووي: هي معيار لتصحيح الأعمال، ودليل النية آيات كثيرة من كتاب الله، منها قوله تعالى: ﴿إِلَّا لِلَّهِ الدِّينُ الْخَالِصُ﴾ [الزمر: ٣]، وقوله: ﴿فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ﴾ [الزمر: ٢]، وغير ذلك.

وبما تواتر معنى في النية، وأهم ما روى في ذلك الحديث المشهور عن عمر بن الخطاب، —

والنظر في ثلاثة أمور:

الأول: في أصل النية

والصلاة بالاتفاق مفتقرة إلى النية في ابتدائها، ولا يضر غروبها في أثناء الصلاة. نعم لو طرأ ما ياقض حزم النية بطل، وذلك من ثلاثة أوجه:

الأول: لو أن يجزم نية الخروج في الحال، أو في الركعة الثانية، أو يتردد في الخروج بطلت صلاته. ولو تردد في الخروج عن الصوم لم يبطل، ولو جزم نية الخروج، فوجهان.

والفرق أن الصوم ليس له عقدٌ وتحريمٌ وتحلل، ولذلك ينتهي بمجرد غروب الشمس، فلا يؤثر فيه مجرد القصد.

الثاني: أن يعلق نية الخروج بدخول شخص، ففي بطلانه في الحال وجهين: أحدهما: أنه يبطل؛ لأنه ناقض حزم النية.

والثاني: لا؛ لأنه ربما لا يدخل ذلك الشخص وهو في الحال مستمر.

والثالث: أن يشك في نية الصلاة، فإن مضى مع الشك ركن لا يزداد مثله في الصلاة، كركوع أو سجود بطلت صلاته؛ لأنه ذلك لا يُعتد به، ولا سبيل إلى إعادته، وفيه احتراز قراءة الفاتحة، ومد الطمأنينة في الركوع، وإن لم يحض ركن وقصر الزمان لم تبطل، وإن طال فوجهان كالوجهين في الكلام الكثير مع النسيان.

النظر الثاني: في كيفية النية

أما الفرض في العبارة عن نيته أن يقول: أؤدي الظهر فرض الوقت لله تعالى.

فيتعرض بقوله: أؤدي، لأصل الفعل وللأداء. وهذا بشرط أن يخطر بقلبه كونه في الوقت، إذ الأداء قد يُعبر به عن القضاء.

-رضي الله عنه مرفوعاً: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما (لكل امرئ) لامرئ ما سوى». رواه البخاري (٢/١، ١٧٥/٨، ٢٩/٩)، وأبو داود (٢٢٠١)، والترمذي (١٦٤٧)، والنسائي الطهارة ب (٥٩)، والإيمان والنفوس ب (١٩)، وابن ماجه (٤٢٢٧)، وأحمد (٢٥/١)، والبيهقي (٤١/١، ٢١٥، ٢٩٨، ١٤/٢، ٣٣١/٦، ٣٤١/٧)، وابن عبد البر في التمهيد (١٠٦/٧، ٢٠١/٩)، وفي لفظ آخر رواه مسلم الإمارة (١٥٥)، وفي لفظ آخر عند الطبراني في الكبير (٢٦٢/١٨)، والبخاري له ألفاظ أخرى منها (١٨/٣، ١٨/٤، ٢٨، ٩٢، ١٢٧)، ومسلم الإمارة ب (٢٠) رقم (٨٥، ٨٦، ٩٨٦، ١٤٨٧). انظر: المعجم الوسيط (٩٦٦/٢).

ويتعرض بالفرضية لنفى النفل، وتمييز الظهر عن العصر وغيره بذكر الظهر. وكل ذلك واجب إلا الفرضية والإضافة إلى الله تعالى، ففيهما وجهان، ووجه كونه سنة أن صلاة الظهر لا تقع إلا فرضاً لله تعالى.

ثم هذه النية محلها القلب وليس فيها نطق ونظم حروف، لا بالقلب ولا باللسان، نعم يستحب مساعدة اللسان القلب فيها. وقد قال الشافعى: ينعقد إحرام الحج بمجرد النية من غير لفظ، بخلاف الصلاة، فغلط من ظن أنه شرط اللفظ فى الصلاة، فإنه أراد به الفرق بين التكبير والتلبية.

أما النوافل، فرواتبها يجب فيها التعيين بالإضافة، وغير الرواتب تكفى فيها نية الصلاة مطلقة، ولو نوى الفرض قاعداً وهو قادر على القيام لم ينعقد فرضه.

وهل ينعقد نفلاً؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن ما نواه لم ينعقد، فكيف يحصل غيره؟ والثانى: نعم؛ لأن التعذر فى وصف الفريضة، فيبقى أصل الصلاة، ويشهد لذلك نص الشافعى، رضى الله عنه، على جواز قلب الفرض نفلاً.

وهذا الخلاف جارٍ فيمن تحرّم بالظهر قبل الزوال، والمسبوق إذا وقع تحريمه فى الركوع، أو قلب المصلّى ظهره عصرًا، أو وجد العاجز خفة فى الصلاة فلم يقم، فإن الفرض يفوت فى هذه الصورة، وفى بقاء النفل قولان.

النظر الثالث: فى وقت النية

وهى وقت التكبير. قال الشافعى، رضى الله عنه: ينوى مع التكبير، لا قبله ولا بعده، وذكر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يسط النية على التكبير، بحيث ينطبق أوله على أوله، وآخره على آخره. والثانى: أن تُقرن بهمة التكبير، ثم هل يشترط استدامتها إلى آخر التكبير؟ فوجهان. والثالث: أنه يتخير بين التقديم والبسط؛ لأن الأولين تساهلوا فيه.

والتحقيق فيه أن النية قصد، ولكن شرطه الإحاطة بصفات المقصود، وهو كون الصلاة ظهراً وأداء وغير ذلك، وربما يغسّر إحضار علوم متعددة فى وقت واحد، فالمقصود أن يتمثل له إحضار هذه المعلومات عند أول التكبير، ويقرن القصد به ويستديم العلم إلى آخر التكبير، وكذا القصد، أى لا يغفل ولا يعرض عن قصده، فإن لم يتم كله

إلا عند آخر التكبير، ففي جوازه تردد. ووجه الاكتفاء أن آخر التكبير وقت الانعقاد، ومن شرط الاقتران بالأول نظر إلى أول سبب الانعقاد، ومن خير رفع هذه المضايقة وهو الأولى، بدليل تساهل الأولين فيه.

القول في التكبير وسننه

والنظر في القادر والعاجز:

أما القادر، فيتعين عليه أن يقول: الله أكبر^(١) بعينه من غير قطع ولا عكس، ومعنى التعيين أنه لو قال: «الله أجل»، أو: «الرحمن أعظم» لا يقوم مقامه، وكذا ترجمته خلافاً لأبي حنيفة، ولو قال: «الله أكبر» صح؛ لأنه أتى بالواجب وزاد ما لم يغير المعنى

(١) الأصل في أركان الصلاة وأبعاضها وسننها من أقوال وأفعال الرسول ﷺ، قال ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي». أخرجه البخاري (١٦٢/١)، والبيهقي (٣٤٥/٢)، وقال: «دخلوا عني مناسككم». أخرجه مسلم حديث (١٢٩٧/٣١٠)، وأحمد (٣١٨/٣)، والترمذي (٨٨٦)، وقال: حسن صحيح.

أما دليل التكبير، فالأول حديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال للرجل الذي علمه الصلاة: «إذا أردت الصلاة فأسبغ الوضوء، ثم استقل القبلة، ثم كبر، ثم اقرأ». أخرجه البخاري (حديث (٦٢٥١)، ومسلم حديث (٣٩٧/٤٥)، وأبو داود (٨٥٦)، والنسائي (٥٩/٣) (١٣١٣)، والترمذي (٣٠٣)، وابن ماجه (١٠٦٠)، وأحمد (٤٣٧/٢)، وأبو عوانة (١٠٣/٢)، والبيهقي (١٥/٢) (٣٧، ٦٢)، وابن خزيمة (٤٦١)، كلهم عن أبي هريرة. وروى مثله عن رفاعه بن رافع. قال ابن رشد: فمفهوم هذا هو أن التكبيرة الأولى هي الفرض فقط، ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضاً لذكره له، كما ذكر سائر فروض الصلاة.

وبدل عليه أيضاً حديث أبي هريرة: أنه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع، ثم يقول: إني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله ﷺ. أخرجه البخاري (٧٨٥)، ومسلم (ح ٣٩٢/٢٧)، وأبو داود (٨٣٦)، والنسائي (١١٥٠)، وأحمد (٢٧٠/٢)، وحديث عبد الله بن الشخير، قال: صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب، رضى الله عنه، فكان إذا سجد كبر، وإذا رفع رأسه من الركوع كبر، فلما قضى صلاته وانصرفنا، أخذ عمران بيده، فقال: أذكرني هذا صلاة محمد ﷺ. أخرجه البخاري (ح ٧٨٦)، ومسلم (ح ٣٩٣/٢٣)، وأبو داود (ح ٨٣٥)، والنسائي (ح ١١٨٠).

ومن العلماء من جعل التكبير كله نقلاً، واستدلوا بحديث ضعيف بلفظ: صليت مع النبي ﷺ فلم يتم التكبير، وصليت مع عمر بن عبد العزيز، فلم يتم التكبير. أخرجه أبو داود الطيالسي (ح ١٢٨٧)، وأحمد (٤٠٦/٣، ٤٠٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٢٩٨/٢)، وقال: قال أبو داود: هذا عندنا لا يصح، وذكر البخاري أن الحسن بن عمران اضطرب في سنده. وذكر ذلك ابن حجر في التهذيب (٣١٣/٢).

والنظم. ولو قال: «الله الجليل أكبر»، فوجهان؛ لأن الزيادة مفيدة مغيرة للنظم. والعكس أن يقول: «الأكبر الله»، فالتص أنه لا يجوز، ونص في قوله: «عليكم السلام» أنه يجوز، فقول: «لأن ذلك يُسمى تسليماً، وهذا لا يسمى تكبيراً». وقيل قولان بالنقل والتخريج، مأخذهما: أن الترتيب هل هو شرط بين الكلمتين؟.

أما العاجز، فيأتي بترجمته ولا يجزئه ذكر آخر لا يؤدي معناه، بخلاف العاجز عن الفاتحة، فإنه يعدل إلى ذكر آخر لا إلى ترجمتها؛ لأن مقصودها النظم المعجز وقد فات، وهذا المعنى مقصود ظاهر.

فرع: البدوى يلزمه أن يقصد بلدة لتعلم كلمة التكبير، ولا يلزمه ذلك عند فقد الماء لأجل الوضوء؛ لأن التعلم يبقى، والوضوء يعرض الانتقاض، وقيل: بالتسوية؛ لأن التسوية في حقه كالتيتم.

أما سنة التكبير، فرفع اليدين معه، وهو متفق عليه حالة التحريم. وهيئتها أن يترك الأصابع منشورة ولا يتكلف ضمها وتفريجها^(١).

(١) سنة رفع اليدين عند التكبير ورد فيها أحاديث كثيرة عن عدد كثير من الصحابة، حتى قال الشافعي: روى الرفع جمع من الصحابة، لعله لم يرو حديث قط بعدد أكثر منهم. وقال البخاري: روى الرفع تسعة عشر نفساً من الصحابة. وسرد البيهقي في السنن وفي الخلافيات أسماء من روى الرفع نحواً من ثلاثين صحابياً، وقال: سمعت الحاكم يقول: اتفق على رواية هذه السنة العشرة المشهود لهم بالجنة، فمن بعدهم من أكابر الصحابة. ووافقه البيهقي، وقالوا: ولا يعلم سنة اتفق على روايتها العشرة فمن بعدهم من أكابر الصحابة على تفرقهم في الأقطار الشاسعة غير هذه السنة.

وروى ابن عساكر في تاريخه من طريق أبي سلمة الأعرج، قال: أدركت الناس كلهم يرفع يديه عند كل خفض ورفع. قال البخاري: قال الحسن وحيد بن هلال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يرفعون أيديهم ولم يستثن أحداً منهم. وقال: ولم يثبت عن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أنه لم يرفع يديه، وجمع العراقي عدد من روى رفع اليدين في ابتداء الصلاة، فبلغوا خمسين صحابياً منهم العشرة المشهود لهم بالجنة.

قال الحافظ في الفتح: وذكر شيخنا الحافظ أبو الفضل أنه تتبع من رواه من الصحابة، رضى الله عنهم، فبلغوا خمسين رجلاً. هؤلاء المتفقون على رفع اليدين في الصلاة اختلفوا في حكمه، فالجمهور على أنه سنة، وداود وجماعة من أصحابه على أنه فرض، وهؤلاء انقسموا، فمنهم من أوجب تكبيرة الإحرام فقط، ومنهم من أوجبها في الاستفتاح وعند الركوع والقيام منه، ومنهم من زاد وعند السجود.

ومن الأحاديث التي أثبتوا بها الرفع مع اختلاف الفهم فيها: «كان إذا قام إلى الصلاة المكتوبة=

= كبر ورفع يديه حذو منكبيه». رواه أبو داود (٧٤٤)، والترمذي (٣٤٢٣)، وابن ماجه (٨٦٤)، والبيهقي (١٣٧/٢)، والدارقطني (٢٨٧/١)، والمتقي الهندي في كسر العمال (٢٢٠٥٨، ٢٢٠٨١، ٢٢٢٢٠). «وكان إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى». رواه ابن الجارود في المنتقى (١٧٨، ١٩٢)، والترمذي (٢٤٠)، وأبو داود (٧٢٢). «وكان إذا قام إلى الصلاة رفع يديه مذكر». رواه أبو داود (استفتاح الصلاة باب ١)، وأحمد (٣٧٥/٢، ٥٠٠)، والبيهقي (٢٦/٢، ٨٣، ٢٩٣/٣)، والدارقطني (٢٨٨/١، ٢٨٩)، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين (١٨٤/٣)، والمتقي الهندي في كنز العمال (١٧٩٢٣)، والألباني في إرواء الغليل (١١٣/٣). «وكان إذا قام إلى الصلاة كبر ورفع يديه حذاء وجهه». رواه أبو داود (استفتاح الصلاة باب ٦)، وابن ماجه (١٠٦١)، وأحمد (٢٥٣/٥)، والمتقي في إتحاف السادة (٣٥/٣)، والألباني في إرواء الغليل (٥١/٢)، وحديث وائل بن حجر أنه رأى رسول الله ﷺ يرفع يديه مع التكبير. رواه أبو داود (٧٢٥). وحديث ابن عمر، أنه رأى النبي ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي منكبيه. أخرجه البخاري (ح ٧٣٦)، ومسلم (كتاب الصلاة باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين ٢٢)، ومالك (٧٥/١)، والنسائي (١٢١/٢)، وابن حزم (٢٣٥/٣)، وابن خزيمة (٢٣٢/١، ٢٣٣).

وحديث ابن مسعود: لأصلي بكم صلاة رسول الله ﷺ، فصلي فلم يرفع يديه إلا مرة واحدة. ضعفه جماعة. انظر: التلخيص (٢٢٢/١)، رواه أحمد (٣٨٨/١) وغيره. وروى من طريق آخر ذكره ابن الجوزي في الموضوعات (٩٦/٢). وروى عن ابن عمر: كان رسول الله ﷺ يرفع يديه إذا افتتح الصلاة ثم لا يعود. قال الحافظ في التلخيص (٢٢٢/١): رواه البيهقي في الخلافات، وهو مقلوب موضوع.

وروى عن أنس: «من رفع يديه في الصلاة فلا صلاة له». قال الحافظ في التلخيص (٢٢٢/١): رواه الحاكم في المدخل، وقال: إنه موضوع.

وروى عن البراء بن عازب: كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه إلى قريب من أذنيه، ثم لا يعود. أخرجه أبو داود (٧٤٩) وغيره، وهو ضعيف، فيه يزيد بن أبي زياد، وهو يزيد كما قال البيهقي عن الحميدي (٧٦/٢)، وذكره الذهبي في المغني (٧١٠٢): يزيد بن أبي زياد الكوفي، مشهور، سيء الحفظ. قال ابن حبان: صدوق، إلا أنه كبير وساء حفظه، وكان يتلقن. وقال يحيى: ليس بالقوي. وقال أيضًا: لا يحتاج بحديثه. وقال ابن المبارك: أرم به.

وأصبح ما اتفق على صحته حديث ابن عمر، عن أبيه، ورواه جماعة غيره من الصحابة، منهم: أبو بكر، وعمر، وعلي، ومالك بن الحويرث، وأنس، وجابر، وأبو هريرة، وأبو موسى، وعبد الله بن الزبير، وعبد الله بن عباس، ووائل بن حجر، وأعرابي لم يُسم، ومعاذ بن جبل، وسهل ابن سعد، وأبو أسيد، وأبو قتادة، وأبو حميد، وعقبة بن عامر، أن النبي ﷺ كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضًا كذلك، وقال: «سمع الله لمن حمده، ربنا لك الحمد»، وكان لا يفعل ذلك في السجود. أخرجه مالك (١٦)، والشافعي (٢١١)، والبخاري (٧٣٥)، ومسلم (ح ٣٩٠/٢١)، وأحمد (١٤٧/١)، =

وفيها ثلاث مسائل:

الأولى: في قدر الرفع، ففي قول: يرفع إلى حذو المنكبين^(١)، رواه أبو حميد الساعدي في عشرين من جملة الصحابة^(٢).

والثاني: أنه يرفع بحيث تحاذي أطراف أصابعه أذنيه، وكفاه منكبیه.

وقيل: إن الشافعي، رضي الله عنه، لما قدم العراق اجتمع عنده العلماء، فسئل عن أحاديث الرفع، فإنه روى أنه رفع حذو منكبیه وحذو أذنيه، وحذو شحمة أذنيه، فقال: أرى أن يرفع بحيث يحاذي أطراف أصابعه أذنيه، وإبهامه شحمة أذنيه، وكفيه منكبیه. فاستحسن ذلك منه في الجمع بين الروايات.

الثانية: في وقت الرفع أوجه، فقيل: يرفع غير مكبر، ثم يتبدى التكبير عند إرسال اليد، وهي رواية الساعدي.

وقيل: يتبدى الرفع مع التكبير، فيكون انتهاء التكبير مع انتهاء اليد إلى مقرها، وهذه رواية وائل بن حجر.

وقيل: إنه يكبر ويداه قارتان حذو منكبیه، ولا يكبر في الرفع والإرسال، وهي رواية ابن عمر.

ثم قال المحققون: ليس هذا اختلافاً، بل صحت الروايات كلها، فنقبل الكل ونجوزها على نسق واحد.

الثالثة: إذا أرسل يديه وضع إحداهما على الأخرى تحت صدره، ويأخذ الكوع من اليسرى بيمناه ويسط أصابع اليمنى في عرض المفصل أو في صوب ساعده، واليمنى عليه مكرمة بالحمل^(٣).

=والدارقطني (٢٨٧/١، ٢٨٨)، والبيهقي (٢٦/٢).

وللبخاري: ولا يفعل ذلك حين سجوده، ولا حين يرفع رأسه من السجود. ولمسلم: ولا يفعل حين يرفع رأسه من السجود. وله: ولا يرفعهما بين السجدين. واعلم أن تفصيل هذه المسألة يحتاج إلى مصنف خاص. انظر: نيل الأوطار (١٧٦/٢ - ١٨٣)، بداية المجتهد (٢٤٧/٢).

(١) سبق تحريره.

(٢) سبق ذكر هؤلاء، رضي الله عنهم أجمعين.

(٣) روى في وضع اليمين على الشمال حديث وائل بن حجر أنه رأى النبي ﷺ رفع يديه حين دخل في الصلاة وكبر، ثم التحف بثوبه، ثم وضع اليمنى على اليسرى. أخرجه مسلم=

القول في القيام، وهو ركن

وحده الانتصاب مع الإقلال، فلو اتكأ على شيء أو انحنى لم يعتد به، ولا بأس بالإطراق، فإن عجز عن الإقلال انتصب متكئاً، فإن عجز عن الانتصاب، قام منحنيًا، فإن لم يقدر إلا على حد الراكعين قعد، فإن عجز عن الركوع والسجود دون القيام قام وأومئ بالركوع والسجود^(١).

= (ح ٤٠١/٥)، وأخرجه الطيالسي (١٣٧/١) ح (١٠٢٠)، وأحمد (٣١٦/٤، ٣١٧)، والدارمي (٢٨٦/١)، وأبو داود (٤٦٥/١)، والنسائي (١٢٣/٢)، وابن ماجه (ح ٨٦٧)، والدارقطني (٢٩٢/١).

وحديث سهل بن سعد: كان الناس يؤمرون أن يضع الرجل اليد اليمنى على ذراعه اليسرى في الصلاة. رواه البخاري (ح ٧٤٠)، فتح الباري (٢٢٤/٢)، والتبريزي في مشكاة المصابيح. وحديث ابن مسعود: أنه كان يصلي، فوضع يده اليسرى على اليمنى، فرآه النبي ﷺ، فوضع يده اليمنى على اليسرى. قال الشوكاني: والحديث يدل على أن المشروع وضع اليمنى على اليسرى دون العكس، ولا خلاف فيه بين القائلين بمشروعية الوضع. انظر: نيل الأوطار (١٨٨/٢).

وذكر أيضًا أن عليًا، كرم الله وجهه، فسر قوله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾ بوضع اليمين على الشمال. رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم، وقال: إنه أحسن ما روى في تأويل الآية. أما موضع اليدين، فقد روى حديث ضعيف يدل على وضع الألف على الألف تحت السرة. رواه أحمد وأبو داود. انظر: نيل الأوطار (١٨٨/٢)، ولا حجة في الضعيف. واستدل به أبو حنيفة وسفيان الثوري وإسحاق بن راهويه وأبو إسحاق المروزي من أصحاب الشافعي.

قال النووي: وبه قال الجمهور، إلا أن الوضع يكون تحت صدره فوق السرة. وعن أحمد روايتان كالمذهبيين، ورواية ثالثة أنه يغير بينهما ولا ترجيح، وبه قال الأوزاعي وابن المنذر. وعن مالك روايتان إحداهما يضعهما تحت صدره، والثانية يرسلهما ولا يضع إحداهما على الأخرى. واحتجوا بحديث: «ما لي أراكم رافعي أيديكم»، وهو لا يصلح للاستدلال به هنا، قاله الشوكاني، واستدلوا بتأويلات لا تصلح أيضًا، والصحيح الثابت ما جاء في ما ذكرناه من الروايات الصحيحة.

واحتجت الشافعية على مذهبهم بما أخرجه ابن خزيمة وصححه من حديث وائل بن حجر، قال: صليت مع رسول الله ﷺ، فوضع يده اليمنى على اليسرى على صدره. وهذا لا يدل على مذهبهم المتقدم ذكره، والوضع الصحيح ما في حديث وائل هذا، ويدل عليه تفسير علي وابن عباس لقوله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾، بأن محل الوضع النحر والصدر. انظر: نيل الأوطار (١٨٩، ١٨٨/٢).

(١) وفيه حديث عمران بن حصين مرفوعًا: «صَلِّ قائمًا، فإن لم تستطع فقاعدًا، فإن لم تستطع فعلى جنبك». وزاد النسائي: «فإن لم تستطع فمستلقيًا، لا يكلف الله نفسًا إلا وسعها».

وقال أبو حنيفة: سقط عنه القيام؛ لأن المقصود منه النزول إلى الركوع.

ولو عجز عن القيام قعد، ولا يتعين في القعود هيئة للصحة، ولكن الإقعاء منهي عنه، وهو أن يجلس على وركيه، فينصب فخذه وركبتيه، قال عليه الصلاة والسلام: «لا تقعوا إقعاء الكلب»^(١).

ثم في الهيئة المختارة قولان: أحدهما: الافتراش كالتشهد الأول. والثاني: التربع.

واختار القاضي حسين^(٢) أن ينصب ركبته اليمنى، كالذي يجلس بين يدي المقرئ؛ ليحصل به مفارقة جلسات التشهد. ثم هذا القاعد إن قدر على الارتفاع إلى حد

= أخرجه البخاري (٦٠/٢)، وأبو داود (٩٥٢)، والترمذي (٣٧٢)، وابن ماجه (١٢٢٣)، وأحمد (٤٢٦/٤)، وابن عبد البر في التمهيد (١٣٥/١)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٢٥/١)، والدارقطني (٣٨٠/١)، والألباني في إرواء الغليل (٣٤٤/٢).

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه (٨٩٥)، والزيلعي في نصب الراية (٣٧٣/١)، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٨٩/٣)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٢٥/١)، وملتقى الهندي في كنز العمال (١٩٧٨٣)، وابن عساكر في تهذيب تاريخ دمشق (١٤٥/٣)، والعجلوني في كشف الخفا (٥٣٥/٢).

والحديث عن علي مرفوعاً: «يا علي، لا تقع إقعاء الكلب»، وعن أنس مرفوعاً: «إذا رفعت رأسك من السجود، فلا تقع كما يقع الكلب». أما حديث علي، ففيه الحارث، وهو ضعيف، وحديث أنس قال صاحب الزوائد (٣٠٨/١): هذا إسناد ضعيف فيه العلاء أبو محمد، منكر الحديث. ورواه أحمد (٣١١/٢)، والبيهقي (١٢٠/٢)، عن أبي هريرة، ورواه مسلم في صحيحه (ح ٤٩٨/٢٤٠) عن عائشة مرفوعاً، وفيه: «وينهى أن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع».

ورواه الحاكم (٢٧٢/١)، والبيهقي (١٢٠/٢)، من حديث الحسن، عن سمرة، قال: نهى رسول الله ﷺ عن الإقعاء في الصلاة. قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. ما سبق في النهي عن الإقعاء. وروى في جواز الإقعاء على العقين الإمام مسلم (ح ٥٣٦/٣٢)، والترمذي (٢٨٣)، وقال: حسن صحيح عن طاوس، قال: قلنا لآين عباس في الإقعاء على القدمين، فقال: هي السة، قلنا له: إنا لنراه جفاء بالرجل، فقال ابن عباس: بل هي سة سيكم ﷺ.

(٢) القاضي هو الحسين بن محمد بن أحمد أبو علي المروزي، من كبار فقهاء الشافعية، روى الحديث عن أبي نعيم الإسفرائيني وغيره، صاحب الوجوه القريبة في المذهب، غواصاً في الدقائق، كان يلقب ببحر الأئمة. أخذ عنه الفقه جماعة من الأعيان، منهم إمام الحرمين، والمتولي، والمراء، والبغوي، وغيرهم، صنف في الأصول والخلاف، وله التعليقات في الفقه، توفي سنة (٤٦٢ هـ) بمروود. انظر: سير أعلام النبلاء (٢٦٠/١٨)، وفيات الأعيان (٤٠٠/١)، الأعلام للزركلي (٢٥٤/٢).

الركوع يلزمه ذلك فى الركوع، وإن لم يقدر فيركع قاعدًا، وينحنى مقدارًا تكون النسبة بينه وبين السجود كالنسبة بينهما فى حال القيام.

وأقل ركوعه أن ينحنى بحيث تقابل جبهته ما وراء ركبته من الأرض، فيحصل الأقل بأول المقابلة والكمال بتمامها، بحيث يحاذى جبهته محل السجود. ولو عجز عن السجود قرب الجبهة من الأرض إلى قدر الإمكان.

ويجب أن يجعل السجود أخفض من الركوع، فإن لم يقدر إلا على أكمل الركوع، فيأتى به مرتين.

ولا يلزمه الاقتصار فى الركوع على الأقل لإظهار التفاوت، بل ذلك واجب فيما يجاوز أكمل الركوع. أما إذا عجز عن القعود صلى على جنبه الأيمن مستقبلًا بجميع مقادير بدنه القبلة، كالذى يوضع فى اللحد.

وقيل: إنه يصلى مستقلقيًا على قفاه، وأخصاه إلى القبلة، ثم يومئ بالركوع والسجود، فإن عجز فيومئ بالطرف، فإن لم يبق فى أحفانه جراك، فيمثل الأفعال فى قلبه، حتى إن خرس لسانه يجرى القراءة على قلبه^(١)، وذلك كله لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»^(٢).

وقال أبو حنيفة^(٣): إذا عجز عن القعود سقطت الصلاة.

فروع ثلاثة: الأول: إذا وجد القاعد خيفة فى أثناء الفاتحة، فليبادر إلى القيام وليترك

(١) ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

(٢) أخرجه بهذا اللفظ، وفيه: «بأمر» بدل «شيء»، البخارى فى صحيحه (١١٧/٩)، ومسلم (الحج ٤١٢، والفضائل ١٣)، وأحمد (٢/٢، ٥٠٨)، والدارقطنى (٢٨١/٢)، وتلخيص الحبير (١٥٦/١)، ورواه بلفظ: «إذا أمرتكم بأمر فاتبعوه ما استطعتم»، رواه أحمد (٤٤٨/٢)، وبلفظ المصنف رواه أحمد (٤٤٨/٢)، والبيهقى (٤/٢٥٣، ٣٢٦)، والسائى (١١٠/٥)، ونصب الراية (٣/٣)، وإتحاف السادة المتقين (٥٧٩/٧)، والدر المنثور للسيوطى (٣٣٥/٢)، وبلفظ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم». أحمد (٤٦٧/٢)، ولفظ: «فحدوا منه»، لأحمد (٤٩٥/٢)، والبيهقى (١٠٣/٧)، وابن عبد البر فى التمهيد (١٤٨/١)، وله ألفاظ أخرى بنفس المراجع كلها متقاربة.

(٣) ما حكاه المصنف عن أبى حنيفة، عليه رحمة الله، لا يصح، ولم ينقل عنه أحد من أصحابه ولا غيرهم هذا القول، وما استكر عليه شيء من هذه المسألة إلا ما حكاه الشوكانى. قال: قال الهادى: وهو مروي عن أبى حنيفة وبعض الشافعية أنه يستلقى على ظهره ويجعل رجليه إلى القبلة. انظر: نيل الأوطار (١٩٨/٣).

القراءة في وقت النهوض قبل الاعتدال، وإذا اعتدل، فلا يلزمه استئناف الفاتحة، ولو عجز في أثناء القيام قعد وعليه مداومة القراءة في حالة الانحناء إلى القعود؛ لأنه أقرب إلى القيام، وإن وجد خفة بعد الفاتحة، لزمه القيام ليهوى إلى الركوع، ولا تلزمه الطمأنينة، بخلاف ما لو اعتدل عن الركوع وخف قبل الطمأنينة، فإنه يلزمه الاعتدال والطمأنينة فيه، فإن حف في الركوع قبل الطمأنينة وجب أن يرتفع منحنيًا كذلك إلى حد الركوع، إذ لو انتصب قائمًا ثم عاد إلى الركوع كان قد زاد ركوعًا، وإن خف بعد الطمأنينة، فالظاهر أنه لا يجب الارتفاع راكمًا؛ لأنه تم الركوع قاعدًا.

الثاني: القادر على القعود ينتقل مضطجعًا مومئًا، على أحد الوجهين، وتشبيهًا للنفل في حق القادر بالفرض في حق العاجز، ولا يسوغ^(١) ذلك في الوجه الثاني؛ لأن ذلك يجرُّ إلى تجويز الإيماء بالقلب، وإنما احتمل ذلك لضرورة الفريضة، فلا يحتمل في النفل بالقياس.

الثالث: من به رَمَدٌ وقال الأطباء: إنه لو اضطجع أيامًا أفادت المعالجة فيه خلاف، وقد وقع ذلك لابن عباس، فاستفتى عائشة وأبا هريرة، رضى الله عنهما، فلم يُرخصا له^(٢)؛ لقدورته على القيام في الحال.

والأقيس جوازه، فإن خطر العمى شديد، وقد جوزنا القعود بأدنى مرض يسلب الخشوع، فليُجوز الاضطجاع بما يقرب من حدِّ الضرورة، كما جوزنا للمريض التيمم عند خوفه على نفسه من شدة الضنى.

القول في القراءة والأذكار، والنظر في الفاتحة وسوابقها ولواحقها

أما السوابق: فدعاء الاستفتاح عقيب التكبير^(٣)، وهو مشهور، والتعوذ بعده من غير

(١) سوغ الشيء، جعله سائغًا، وسوغه، أى حوزه وأباحه. انظر: المعجم الوسيط باب السين (ص ٤٦٣).

(٢) ذكر هذا ابن حجر في تلخيص الحبير (١/٢٢٨٨) ح (٣٣٩)، وقال: رواه الثوري في جامعه، عن جابر، عن أبي الضحى، وأخرجه الحاكم، والبيهقى، وابن أبي شيبة، وأبو المندر، وذلك من طرق مختلفة، وللبيهقى في السنن الكبرى (٢/٣٠٨، ٣٠٩)، وذكر فيه أن ابن عباس استفتى أم سلمة وعائشة، وروى بإسناد صحيح عن عمرو بن دينار، قال: لما وقع في عين ابن عباس الماء أراد أن يعالج منه، فقيل: تمكث كذا وكذا لا تصلي إلا مضطجعًا فكرهه.

(٣) وفيه حديث أبي هريرة، قال: كان رسول الله ﷺ إذ كبر في الصلاة سكنت هنيهة قبل القراءة، فقلت: يا رسول الله، بأبي أنت وأمي، أرايت سكوتك بين التكبير والقراءة، ما تقول؟ قال: وأقول: اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب، اللهم نقى من=

جهر إلا فى قول قديم، وأما استحباب التعوذ^(١) فى كل ركعة، فوجهان من حيث إن

=خطايى كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، اللهم اغسلنى من خطايى بالثلج والماء والبرد». أخرجه البخارى (٢٢٧/٢ ح ٧٤٤)، ومسلم (ح ٥٩٨/١٤٧)، وأحمد (٢٣١/٢)، والدارمى (٢٨٣/١، ٢٨٤)، وأبو داود (٤٩٣/١ ح ٧٨١)، والسنائى (١٢٨/٢، ١٢٩)، وابن ماجه (٢٦٤/١، ٢٦٥ ح ٨٠٥)، وأبو عوانة (٩٨/٢)، وابن أبى شيبه (٢١٣/١٠)، وابن ٢١٤)، وابن خزيمة (٢٣٧/١ ح ٤٦٥)، وابن حبان (١٧٧٥، ١٧٧٦، ١٧٧٨)، وابن الجارود فى المنتقى (٣٢٠)، وأبو يعلى (٦٠٨١)، والبيهقى (١٩٥/٢)، وابن حزم فى المحلى (٩٦/٤)، والبقوى فى شرح السنة (١٩٨/٢).

وحديث على بن أبى طالب، والحديث طويل نذكر طرفه، قال: كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة، قال: «وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين» الحديث. أخرجه مسلم (صلاة المسافر ب ٢٦ رقم ٢٠١)، والترمذى (٣٤٢١، ٣٤٢٢)، والبيهقى (٣٢٢/٢)، والزبيدى فى إتحاف السادة (١٦٥/٥)، والدارقطنى (٢٨٧/١)، والسيوطى فى الدر المنثور (٢٩٣/٥).

ودعاء الاستفتاح قال باستحابه الجمهور، ولا يعرف من خالف فيه إلا مالك، رحمه الله، فقال: لا يأتى بدعاء الاستفتاح ولا بشيء بين القراءة والتكبير أصلاً، بل يقول: الله أكبر، الحمد لله رب العالمين... إلى آخر الفاتحة، وهو المشهور عنه، رحمه الله، والأحاديث ترد عليه. وفيها جواز الدعاء فى الصلاة بما ليس من القرآن خلافاً للحنفية، وفى الحديث الأول أن دعاء الاستفتاح يكون بعد تكبيرة الإحرام، وفى الثانى جواز الاستفتاح بالصيغة المطولة.

قال النووى: إلا أن يكون إماماً لقوم لا يرون التطويل. وللحديثان شواهد لم نذكرها لك لما فيها من مقال، وكذا عدم الإطالة. قال الشوكانى: وأصح ما روى فى الاستفتاح حديث أبى هريرة ثم حديث على. انظر: نيل الأوطار (١٩١/٢، ١٩٨).

قلت: وللإمام مالك دليل على مذهبه فيما روته عائشة، رضى الله عنها، كان يستفتح الصلاة بالتكبير والقراءة بـ ﴿الحمد لله رب العالمين﴾. أخرجه مسلم (كتاب الصلاة ب ٤٦ رقم ٢٤٠)، والبيهقى (١١٣/٢)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٧٩١)، وإرواء الغليل للألبانى (٢٠/٢، ٥٠)، وأبو نعيم فى حلية الأولياء (٦٣/٣).

(١) وفيه قول الله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨]، وحديث أبى سعيد الخدرى، وفيه مقال يجعلنا نعرض عنه، وفيه حديث عمر، رضى الله عنه، وبه عمل أكثر أهل العلم: «مبحانك اللهم وبمحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك» أخرجه الترمذى (٢٤٢، ٢٤٣)، وأبو داود (٧٧٥، ٧٧٦)، وابن ماجه (٨٠٤، ٨٠٦)، والسنائى (الافتتاح ب ١٨)، وأحمد (٥٠/٣، ٦٩)، والدارمى (٢٨٢/١)، والبيهقى (٣٤/٢، ٣٥)، والطبرانى (١٠٠/١٣٣، ١٨٤، ٣٥٤/١٢)، والحاكم (٢٣٥/١)، والزبيدى فى إتحاف السادة المتقين (٤٦/٢)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٨١٥، ٨١٦)، والألبانى فى إرواء الغليل (٤٨/٢)، والبقوى فى منهاج السنة (٢٥٤/٦)، والسيوطى فى الدر المنثور (١٣٠/٤)، وابن خزيمة (٤٧٠)، والدارقطنى (٢٩٨/١)، وكنز العمال (١٧٨٨٧).

الصلاة في حكم شيء واحد، ولكن كل ركعة كالمنقطع عما قبلها.

أما الفاتحة: فالنظر في القادر والعاجز: أما القادر فتلزمه أمور خمسة:

الأول: أن أصل الفاتحة متعين على الإمام والمأموم في الصلاة السرية والجهرية^(١)، إلا في ركعة المسبوق.

وقال أبو حنيفة: تقوم ترجمتها وغيرها من السور مقامها^(٢)، وخالف قوله عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب».

وقال: لا تجب القراءة على المأموم أصلاً، وهو الذي نقله المزني، ولكن في الصلاة الجهرية.

الثاني: تجب قراءة: بسم الله الرحمن الرحيم. إذ روى البخاري أنه ﷺ عَدَّ الفاتحة

(١) ودليل المصنف الذي سيأتي هو حديث عبادة بن الصامت مرفوعاً: «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب». أخرجه البخاري (١٩٢/١)، ومسلم (الصلاة ب ١١ رقم ٤٣)، وأبو داود (٨٢٢)، والترمذي (٢٤٧، ٣١١)، والنسائي (١٣٧/٢، ١٣٨)، وأحمد (٣١٤/٥)، والبيهقي (٨٣/٢)، ٦٢، ١٦٤، ٣٧٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٠/١)، والدارقطني (٣٢١/١)، ٣٢٢، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٨٢٢)، والبغوي في شرح السنة (٣٨/٣)، ونصب الراية (٣٦٥/١)، والسيوطي في الدرر (٦/١)، وإرواء الغليل (١٠/٢).

وله ألفاظ أخرى، منها: «لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن». أخرجه البخاري (١٩٢/١)، ومسلم (الصلاة ب ٢١)، والنسائي (الافتتاح ب ٢٣)، وأبو داود (استفتاح الصلاة ب ٢١)، والترمذي (٢٤٧، ٣١١)، وأحمد (٣٢٢/٥)، والبيهقي (٣٧٤/٢)، والدارقطني (٣٢٢/١)، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٦٢٣)، ونصب الراية (٣٣٨/١). وروى بلفظ: «لا صلاة لمن لم يقرأ بالحمد لله». أخرجه ابن الجوزي في الملل المتناهية (٣٦٣/١).

وبلفظ: «لا صلاة لمن لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب». أخرجه ابن ماجه (٧٣٧)، وبدائع المنن للساعاتي (٢١٢)، ومسنند الشافعي (٣٦)، وابن عبد البر في التمهيد (١٠/٧)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٣٠/١)، ومنهاج السنة (٤٥/٣)، وكنز العمال (١٩٦٦٩).

(٢) استدلل أبو حنيفة على مذهبه بأحاديث ظاهرها أنه يجزئ من القرآن ما تيسر منه، ويعضدها قوله تعالى: ﴿فأقرعوا ما تيسر منه﴾ [المزمل: ٢٠]، ومن الأحاديث حديث الرجل المسيء صلاته، عن أبي هريرة، أن رجلاً دخل المسجد فصلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ، فرد عليه النبي ﷺ، وقال: «ارجع فصل فإنك لم تصل»، وفيه: «ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن» الحديث. أخرجه البخاري (١٩٢/١، ١٩٣، ٦٩١٨، ١٦٩١٩)، ومسلم (صلاة ٤٥)، وأبو داود (استفتاح الصلاة ب ٣٣)، والنسائي (٥٩/٣، ٦٠ ب ٧، ١٠١ والسهو ب ٦٧)، وابن ماجه (١٠٦٠)، وأحمد (٤٣٧/٢، ٣٩٠/٤).

سبع آيات، وعدّ: بسم الله الرحمن، آية منها^(١).

(١) بسم الله الرحمن الرحيم. افتتح بها الصحابة كتاب الله، واتفق العلماء على أنها بعض آية من سورة المل، ثم اختلفوا هل هي آية مستقلة في أول كل سورة أو من أول كل سورة كتبت في أولها، أو أنها بعض آية من كل سورة، أو أنها كذلك في الفاتحة دون غيرها، أو أنها كتبت لفصل لا أنها آية على أقوال العلماء سلفاً وخلفاً. روى أبو داود بإسناد صحيح، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ كان لا يعرف فصل السورة حتى يمزّل عليه: بسم الله الرحمن الرحيم. وأخرجه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في مستدركه أيضاً، وروى مراسلاً عن سعيد ابن جبور، وفي صحيح ابن خزيمة عن أم سلمة، رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قرأ البسملة في أول الفاتحة في الصلاة، وعدها آية، لكنه من رواية عمر بن هارون البسخي، وفيه ضعف عن ابن جريح، عن ابن مليكة عنها. وروى له الدارقطني متابِعاً عن أبي هريرة مرفوعاً، وروى مثله عن علي وابن عباس وغيرهما.

ومن حكى عنه أنها آية من كل سورة إلا براءة، ابن عباس، وابن عمر، وابن الزبير، وأبو هريرة، وعلي، ومن التابعين عطاء، وطاوس، وسعيد بن جبور، ومكحول، والزهرى، وبه يقول عبد الله بن المبارك، والشافعي، وأحمد بن حنبل في رواية عنه، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيد القاسم بن سلام، رحمهم الله.

وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما: ليست آية من الفاتحة، ولا من غيرها من السور. وقال الشافعي في قول في بعض طرق مذهبه: هي آية من الفاتحة وليست من غيرها، وعنه أنها بعض آية من أول كل سورة، وهما غريبان. وقال داود: هي آية مستقلة في أول كل سورة لا منها، وهذا رواية عن الإمام أحمد بن حنبل، وحكاها أبو بكر الرازي، عن أبي الحسن الكرخي، وهما من أكابر أصحاب أبي حنيفة، رحمهم الله. هذا ما يتعلق بكونها آية من الفاتحة أم لا.

فأما الجهر بها، فمفرع على هذا، فمن رأى أنها ليست من الفاتحة، فلا يجهر بها، وكذا من قال إنها آية في أولها، وأما من قال: من أوائل السور، فاختلّفوا، فذهب الشافعي، رحمه الله، إلى أنه يجهر بها مع الفاتحة والسورة، وهو مذهب طوائف من الصحابة والتابعين وأئمة المسلمين سلفاً وخلفاً، فجهر بها من الصحابة أبو هريرة، وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية، وحكاها ابن عبد البر والبيهقي عن عمر، وعلي، ونقله الخطيب عن الخلفاء الأربعة، وهو غريب.

ومن التابعين عن سعيد بن جبور، وعكرمة، وأبي قلاية، والزهرى، وعلي بن الحسن، وابنه محمد، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وسالم، ومحمد بن كعب القرظي، وعبد، وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، وأبي وائل، وابن سيرين، ومحمد بن المنكدر، وعلي بن عبد الله بن عباس، وابنه محمد، ونافع مولى ابن عمر، وزيد بن أسلم، وعمر بن عبد العزيز، والأزرق بن قيس، وحبيب بن أبي ثابت، وأبي الشعثاء، ومكحول، وعبد الله بن مغفل بن مفرن. زاد البيهقي: وعبد الله بن صفوان، ومحمد ابن الحنفية، زاد ابن عبد البر. وعمرو بن دينار، والحجة في ذلك أنها بعض الفاتحة، فيجهر بها كسائر أبعاضها.

وروى النسائي في سنته وابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما، والحاكم في المستدرک عن =

ثم التسمية عندنا آية من أول كل سورة كتبت فيها، ولكنها آية مستقلة أم هي مع أول السورة آية؟ ففيه قولان.

وذكر الصيدلاني القولين في أنها هل هي من القرآن في أول كل سورة سوى الفاتحة؟ والمشهور هو الأول.

الثالث: كل حرف من الفاتحة ركن، فلو ترك تشديداً فهو ترك حرف، ولو أبدل

«أنى هريرة أنه صلى فجهر فى قراءته بالبسلة، وقال بعد أن فرغ: إننى لأشبهكم صلاة برسول الله ﷺ. وصححه الدارقطني، والخطيب، والبيهقي وغيرهم. انتهى نقلاً من تفسير ابن كثير، وله كلام آخر فليراجع (١٦/١، ١٧).

وانظر فى الجهر بسم الله، حديث ابن عباس، وهو ضعيف، أخرجه البزار (٢٥٥/١) رقم (٥٢٦)، والترمذي (١٤/٢)، والدارقطني (٣٠٤/١)، والعقيلي فى الضعفاء (٨٠/١، ٨١)، والمعجم الكبير (١١٤٤٢)، وحديث أبى هريرة فى الجهر، صححه ابن خزيمة، وابن حبان، والدارقطني، والحاكم. انظره فى: السائى (١٣٤/٢)، والدارقطني (٣٠٥/١)، والحاكم (٢٣٢/١)، وابن خزيمة (٢٥١/١).

وحديث أم سلمة فى الجهر رواه الدارقطني وصححه (٣٠٧/١)، والحاكم وصححه (٢٣٢/١)، وابن خزيمة وصححه (٤٩٣)، والبيهقي (٤٤/٢) وغيرهم. وفى البخارى (٩٠/٩، ٩١) ح (٥٩٤٦): مثل أنس: كيف كانت قراءة النبى ﷺ؟ فقال: كانت مداً، ثم يقرأ: بسم الله الرحمن الرحيم، بمد بسم الله، ومد الرحمن، ومد الرحيم.

أما حجة من لم يجهر بها، فهي عن أنس أيضاً موقوفاً، قال: صليت خلف رسول الله ﷺ، وأبى بكر، وعمر، وعثمان، وعلى، فكانوا يستفتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين، لا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم فى أول القراءة ولا آخرها. رواه بالفاظ متعددة أحمد (١٧٩/٣)، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٧٣، ومسلم (٢٩٩/١)، والبيهقي (٥٠/٢، ٥١)، والدارقطني (٣١٥/١)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢٠٣/١)، والطبراني (٢٢٨/١) رقم ٧٣٩، وأبو نعيم فى الحلية (١٧٩/٦). وهذه المسألة من المسائل طويلة الذيل التى تحتاج إلى مصنف، ويكفى هنا فى ما أتيج لنا ذكر حجج مثبتى الجهر وحجج النافين، والله المستعان.

قال الشوكاني: واعلم أن الأمة أجمعت أنه لا يكفر من أتيتها ولا من نفاها؛ لاختلاف العلماء فيها، بخلاف ما لو تنفى حرفاً مجتمعاً عليه أو أثبت ما لم يقل به أحد، فإنه يكفر بإجماع. ولا خلاف أنها آية فى أثناء سورة النمل، ولا خلاف فى إثباتها خطأ فى أوائل السور فى المصحف، إلا فى أول سورة التوبة. وأما التلاوة، فلا خلاف بين القراء السبعة فى أول فاتحة الكتاب، وفى أول كل سورة إذا ابتدأ بها القارئ ما خلا سورة التوبة. وأما فى أوائل السور مع الوصل بسورة قبلها، فأثبتها ابن كثير، وقالون، وعاصم، والكسائى من القراء فى أول كل سورة إلا أول التوبة وحذفها أبو عمرو، وحمزة، وورش، وابن عامر. انظر: نيل الأوطار (١٩٨/٢ - ٢١٤).

حرفاً بحرف لم يحز، ولو أبدل الضاد بالظاء، ففيه تردد؛ لقرب المخرج وعسر التمييز.

الرابع: رعاية الترتيب فيها شرط، فلو قرأ النصف الأخير أولاً لم يحز؛ لأن الترتيب ركن في الإعجاز، فأما التشهد إذا قدم المؤخر منه ولم يغير المعنى، فهو قريب من قوله: عليكم السلام^(١).

الخامس: الموالاة شرط بين كلماتها، فلو قطعها بسكوت طويل وجب الاستئناف إلا على وجه بعيد ذكره العراقيون. ولو تخللها تسبيح يسير انقطع الولاء بخلاف ما لو كرر كلمة من نفس الفاتحة، فإن ذلك لا يُعدُّ انتقالاً إلى غيرها، ولذلك لو قرأ الفاتحة مرات لم يضر، بخلاف تكرير الركوع، وفيه وجه ضعيف: أنه كالركوع.

فرعان: الأول: لو قال الإمام: ﴿ولا الضالين﴾، فقال المأموم: آمين، لا تنقطع به الفاتحة إذا كان في أثنائها، وفيه وجه آخر أنه تنقطع، والأول أظهر؛ لأنه إذا جرى له سبب لم يعد انتقالاً.

وهذا الخلاف يجري فيما إذا سأل أو استعاذ عند قراءة الإمام آية رحمة أو عقاب أو سجد مع الإمام عند قراءة الإمام آية السجدة، فإن هذه الأسباب متقاضية.

الثاني: لو ترك الموالاة ناسياً نقل العراقيون أنه لا يضر، وللشافعي، رضى الله عنه، قول في القديم: أنه لو ترك الفاتحة ناسياً لم يضر؛ لأن النسيان عذر كالسبق، ولكن ليس هذا تفرعاً عليه، إذ فرق بينه وبين ترك ترتبه ناسياً، ويتأيد ذلك بأنه لو طول ركنًا قصيراً لم يضر، وإن انقطعت به موالاة الأركان.

وأما العاجز وهو الأمي، ففيه أربع مسائل:

الأولى: أنه لا تجزئه ترجمته، بل إن قدر فيأتى بسبع آيات من القرآن متوالية لا تنقص حروفها عن حروف الفاتحة، فإن نقص الحروف دون عدد الآيات، ففيه وجهان.

فإن عجز عن آيات متوالية، فتحزئه آيات متفرقة، فإن لم تكن أحادها مفهومة، كقوله تعالى: ﴿ثم نظر﴾ [المدثر: ٢١]، لم يعد أن يُردَّ إلى الأذكار، فإن لم يحسن إلا آية واحدة، فيأتى بها، وتأتى الأذكار بدلاً عن البقية، وقيل: إنه يكرر الآية سبعاً فتكفيه، فإن لم يحسن من القرآن شيئاً فيأتى بتسبيح وتهليل، كقوله: سبحان الله، والحمد لله، وما فيه ثناء على الله، ويراعى مساواة الحروف، وفي الدعاء المحض اختلاف في أنه هل يقوم مقام التسبيح؟.

(١) أى مقلوب: السلام عليكم.

الثانية: إذا لم يحسن النصف الأول من الفاتحة، فيأتى أولاً بالذكر بدلاً منه، ثم يأتى بما يحسن منها.

الثالثة: إذا تعلم الفاتحة في أثناء الصلاة قبل قراءة البديل لزمته، وإن كان بعد الركوع لم تلزمه.

وإن كان قبل الركوع وبعد الفراغ، فوجهان، ووجه الوجوب بقاء مظنة القراءة، ولو كان في أثناء البديل لزمه ما بقى من البديل.

وفى لزوم الاستئناف خلاف، والأصح أنه يجب.

الرابعة: إذا قرأ الأُمى دعاء الاستفتاح وقصد به بدل الفاتحة جاز، وإن قصد به الاستفتاح لم تسقط به القراءة، فعليه الإعادة، ولو أطلق، ففي سائر الأذكار تردد ذكره صاحب التقريب في أنه هل يشترط قصد البدلية؟ واشترطه في دعاء الاستفتاح أوجه؛ لأن قرينة الحال تصرفه إلى الاستفتاح.

أما لواحق الفاتحة، فشيتان:

الأول: التأمين: فهو مستحب عقيب الفراغ للمأموم والمنفرد. وفيه لغتان: القصر، والمد، والميم مخففة على اللغتين، وهو صوت وضع لتحقيق الدعاء، ومعناه: ليكن كذلك، كقولهم: صه، للأمر بالسكوت.

ثم اختلف نص الشافعي، رضى الله عنه، في جهر الإمام به، وقيل: إن كان في القوم كثرة جهروا ليبلغ الصوت، وإلا فلا.

وقيل فيه قولان: أحدهما: نعم؛ لما روى أبو هريرة، أن رسول الله ﷺ كان إذا أمَّنَ أمَّنَ من خلفه حتى كان للمسجد ضجة^(١). والثاني: لا، كسائر الأذكار. وأما الضجة،

(١) أورده بهذا اللفظ الألباني في السلسلة الضعيفة (٩٥١)، وأورده ابن حجر في فتح الباري، عن روح بن عبادة، عن مالك في هذا الحديث، قال ابن شهاب: وكان رسول الله ﷺ إذا قال: «ولا الضالين» جهر بآمين. وذكر له ألفاظ أخرى. انظر: فتح الباري (٢٦٤/٢). ورواه الدارقطني في سنه (٢٣٥/١)، والمتقي الهندي في كثر العمال (٢٢١٨٨) بلفظ: كان إذا قال: «ولا الضالين»، قال: «آمين»، وسيأتي للمصنف حديث رواه البخاري في صحيحه يدل على جهر الإمام بالتأمين، كما يدل على جهر المأموم أيضاً. والأحاديث تدل على مشروعيتها، واختلف في حكمه، فمن أهل العلم من قال بالنسبة للإمام والمأموم، ومنهم من قال بالوجوب على المأموم، أما الإمام والمنفرد فمندوب فقط.

قال الشوكاني: والظاهر الوجوب على المأموم فقط، لكن لا مطلقاً، بل مقيداً بأن يؤمر=

فهي هينة حصلت من همس القوم عند كثرتهم.

وقيل: إنه إن لم يجهر الإمام جهر المأموم، وإن جهر الإمام، ففى المأموم قولان. ثم المستحب أن يؤمن مع تأمين الإمام لا قبله ولا بعده؛ لأنه يؤمن لقراءته، لا لتأمينه. وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إذا قال الإمام: ﴿وَلَا الضَّالِّينَ﴾ فقولوا: آمين، فإن الملائكة تقول: آمين، فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة، غُفِرَ له ما تقدم من ذنبه وما تأخر»^(١).

الثاني: السورة: ويستحب قراءتها للإمام والمنفرد فى ركعتي الفجر والأوليين من غيرهما.

وهل تستحب فى الثالثة والرابعة؟ قولان منصوصان: الجديد: أنها تستحب لقول أبى سعيد الخدرى: حزرنا قراءة رسول الله ﷺ الأوليين من الظهر، فكانت قدر سبعين آية، وحزرناها فى الركعتين الأخريين، فكان على النصف من ذلك^(٢).

=الإمام، وأما المنفرد، فمندوب فقط. انظر: إرشاد الفحول (٢/٢٢٣)، تلخيص الحبير (ح ٣٥٤)، تحفة الأحوذى (٢/٥٨ - ٦٩).

(١) روى هذا الحديث عن أبى هريرة مرفوعاً البخارى فى صحيحه (ح ٧٨٢، ٤٤٧٥)، ولكن من غير الزيادة الشاذة التى أوردها المصنف، وهى: «وما تأخره». وأخرجه مسلم فى صحيحه أيضاً من غير هذه الزيادة الغريبة (ح ٧٢/٤١٠، ٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦)، وأخرجه أبو داود (٩٣٥)، والنسائى (١٤٤/٢)، وأحمد (٢/٢٧٠)، والدارمى (١/٢٨٤)، والبيهقى (٢/٥٥)، والدارقطنى (١/٣٣١)، ومالك فى الموطأ (٨٧)، وعبد الرزاق فى مصنفه (٢٦٤٤، ٢٦٤٧، ٢٧٩٣)، والطبرانى (٧/٢٥٩)، والبقوى فى شرح السنة (٣/٦١)، والزيلعى فى نصب الراية (١/٣٦٨)، (٣٦٩)، والساعانى فى بدائع المنن (٢١٤)، والمتقى الهندى فى كنز العمال (١٩٧١٣)، (١٩٧١٨، ١٩٧١٩، ١٩٧٢٠)، والهيثمى (٢/١١٣).

قال ابن حجر: قوله: «فأمنوا»، استدل به على تأخير تأمين المأموم عن تأمين الإمام؛ لأنه رتب عليه بالفاء. وذكر ابن حجر فى ذلك كلاماً نفيساً، فراجع (٢/٢٦٤) السطر السادس من أسفل، نيل الأوطار (٢/٢٢٢ - ٢٢٤).

(٢) روى الحديث أبو داود (٨٠٤): حزرنا قيام رسول الله ﷺ فى الظهر والعصر فحزرنا قيامه فى الركعتين الأوليين من الظهر قدر... ورواه النسائى (١/٢٣٧)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٢٠٢٩)، والمتقى الهندى فى كنز العمال (٢٢٠٨٩)، وشرح معاني الآثار (١/٢٠٧)، سقط: كنا نحزر قيام رسول الله ﷺ فى الظهر والعصر، فحزرنا قيامه قدر ثلاثين آية. وأخرجه مسند باب القراءة فى الظهر والعصر (ح ٤٥١، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧)، ليس فيها: «قدر سبعين آية، بل فى الأول بفتحة الكتاب وسورتين. وفيه أيضاً: كان يطول الركعة الأولى فى الظهر، ويقصر الثانية.

والقول الثاني، وعليه العمل: أنه لا تستحب؛ لأن مبناها على التخفيف.

أما المأموم، فلا يقرأ السورة في الجهرية، بل يقرأ الفاتحة في سكتة الإمام بعد الفاتحة، ثم يستمع السورة، وإن لم يبلغه صوت الإمام، فوجهان: القياس: أنه يقرأ؛ لأنه كالمفرد عند فوات السماع. والثاني: لا؛ لقوله ﷺ: «إذا كنتم خلفي فلا تقرأوا إلا بفاتحة الكتاب، فإنه لا صلاة إلا بها»^(١).

القول في الركوع:

وأقله أن ينحني إلى أن تنال ركبتيه لو مدهما بالانحناء لا بالانحناس^(٢) ويطمئن، بحيث يفصل قوَّيه عن ارتفاعه، فلو زاد بالانحناء لم يحسب ذلك بدلاً عن الطمأنينة، ولا يجب عندنا ذكر في الركوع خلافاً لأحمد^(٣)؛ لأن الركوع يخالف المعتاد

«وأورده صاحب بلوغ المرام (ح ٢٦٩)، وقال: متفق عليه، والحديث الثاني عند مسلم فيه: «بفاتحة الكتاب وسورة»، وفيه: «ويقرأ في الركعتين الآخرين بفاتحة الكتاب»، والحديث الثالث فيه: «قدر قراءة ﴿الْم تَنْزِيل﴾ السجدة، وحزنا قيامه في الآخرين قدر النصف من ذلك، وحزنا قيامه في الركعتين الأوليين من العصر على قدر قيامه في الآخرين من الظهر، وفي الآخرين من العصر على النصف من ذلك». وفي الرابع: «في الظهر في الأوليين قدر ثلاثين آية، والآخرين خمس عشرة آية، والعصر في الأوليين لكل منهما قدر خمس عشرة آية، وفي الآخرين قدر نصف ذلك»، أو كما قال.

(١) لم أحده بهذا اللفظ، وسبق تحقيق أحاديث: «لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن»، بألفاظ متعددة. وورد شواهد على ما ذكره المصنف بلفظ: «لعلكم تقرأون خلف إمامكم؟»، قلنا: نعم، قال: «ولا تفعلوا إلا بفاتحة الكتاب، فإنه لا صلاة لمن لم يقرأ بها». أخرجه بألفاظ متقاربة: أحمد (٦٠/٥، ٢٣٦/٤، ٤١٠/٥)، وأبو داود (٨٢٣)، والترمذي في مشكاة المصابيح (٨٥٤)، وكز العمال للهندي (١٩٦٧٨)، والهيثمي في مجمع الزوائد (١١١/٢)، وابن حجر في فتح الباري (٢٤٢/٢)، تلخيص الحبير (٢٣١/١)، ولفظ: «لعلكم تقرأون خلفي»، وهو قريب مما ذكره المصنف. انظر: تلخيص الحبير (٢٣١/١)، مجمع الزوائد (١١١/٢)، بسوغ المرام (ح ٢٦٢).

(٢) الانحناس: من خنس خنساً: انخفضت قصبه أنفه مع ارتفاع قليل في طرف الأنف انتهى. وهو يعنى هنا أن الانحناس انخفاض فيه ارتفاع، أي أقل في الانخفاض من الانحناء انظر المعجم الوسيط (٢٥٩/١) مادة (خنس).

(٣) الذكر في الركوع وردت فيه أخبار تدل على مشروعته، واختلف العلماء في هذه المشروعية بين الاستحباب والوجوب، فالجمهور على استحبابه، وأنه سنة وليس بواجب. قال الشوكاني. وقد ذهب الشافعي ومالك وأبو حنيفة وجمهور العلماء من أئمة العترة وغيرهم إلى أنه سنة وليس بواجب. وقال إسحاق بن راهويه: التسييح واجب، فإن تركه عمداً بطلت صلاته، وإن=

بصورته، لا كالقيام والقعود.

وأما الأكمل: فهيئة أن ينحنى، بحيث يستوى ظهره وعنقه كالصفيحة^(١) الواحدة، وينصب ركبته، ويضع كفيه عليهما، ويترك الأصابع على جبلتيها^(٢) منشورة نحو القبلة، ويتجافى^(٣) عند ذلك مرفقاه عن جنبه، ولا يتجاوز في الانحناء الاستواء.

نسيه لم تبطل.

وقال الظاهري: واجب مطلقاً، وأشار الخطابي في معالم السنن إلى اختياره. وقال أحمد: التسبيح في الركوع والسجود، وقول: سمع الله لمن حمده وربنا ولك الحمد، والذكر بين السجدين وجميع التكبيرات واجب، فإن ترك منه شيئاً عمداً بطلت صلاته، وإن نسيه لم تبطل ويسجد للسهو، هذا هو الصحيح عنه، وعنه رواية أنه سنة كقول الجمهور، وقد روى القول بوجوب تسبيح الركوع والسجود عن ابن خزيمة. انتهى.

احتج الموحجون بحديث عقبة بن عامر، قال: لما نزلت ﴿فسبح باسم ربك العظيم﴾، قال لنا رسول الله ﷺ: «اجعلوها في ركوعكم»، فلما نزلت: ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾، قال: «اجعلوها في سجودكم». قال صاحب منتهى الأخبار: أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه. وقال الشوكاني: أخرجه أيضاً الحاكم في المستدرک، وابن حبان في صحيحه. انظر: نيل الأوطار (٢/٢٤٦).

وحديث ابن عباس مرفوعاً: «ألا وإنني نهيت أن أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً، فأما الركوع فعظموا فيه الرب، وأما السجود فاجتهدوا في الدعاء، فقمن أن يستجاب لكم». أخرجه مسلم (ح ٢٠٧/٤٧٩)، والنسائي (الافتاح ب ٩٥)، والبيهقي (٢/٨٨)، وأبو داود (استفتاح الصلاة ب ٣٧)، وأحمد (١/٢١٩)، ومسنند الشافعي (٤١)، والساعاتي في بدائع المنن (٢٤١)، وبمجمع الزوائد (٢/١٢٧). واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي» سبق تخريجه. ويقول الله تعالى: ﴿وسبحوه﴾، ولا وجوب في غير الصلاة، فتعين أن يكون فيها، وبالقياس على القراءة، واحتج الجمهور وكل من قال: بأن الذكر في الركوع سنة، بحديث المسيء صلاته، وقد سبق تحقيقه، قالوا: إن النبي ﷺ علمه واجبات الصلاة، ولم يعلمه هذه الأذكار مع أنه علمه تكبيرة الإحرام والقراءة، فلو كانت هذه الأذكار واجبة لعلمه إياها؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فيكون تركه لتعليمه دالاً على أن الأوامر الواردة بما زاد على علمه للاستحباب لا للوجوب. انتهى، وسيأتي ذكر الألفاظ التي وردت في الذكر في الركوع والسجود، والله الموفق. انظر: نيل الأوطار (٢/٢٤٥، ٢٤٦)، سبل السلام (١/٢٩٩، ٣٠٠)، بداية المجتهد (٢/٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦).

(١) الصفيحة: كل عريض من حجارة أو لوح ونحوهما، ووجه كل شيء عريض كوجه السيف أو اللوح أو الحجر. انظر: المعجم الوسيط (١/٥١٦).

(٢) الجبلّة: الخلقة والطبيعة. انظر: المعجم الوسيط (١/١٠٦).

(٣) جافى الشيء: أبعد، وتجافى في سجوده: باعد بين عضديه وجنبه. انظر: المعجم الوسيط (١/١٢٨).

وإذا ابتدأ الهَوَى، وقال: الله أكبر، رافعاً يديه عندنا خلافاً لأبي حنيفة.

ثم للشافعي، رضى الله عنه، قولان: أحدهما: أن يمد التكبير إلى أن يستوى رакعاً كيلا يخلو هَوَى عن الذكر. والثاني: الحذف حذراً عن التغيير بالمد، وهو جار في تكبيرات الانتقالات كلها.

والذكر المشهور: سبحان ربى العظيم وبحمده^(١)، ثم إن كان إماماً لم يزد على الثلاث.

وروى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول: «اللهم لك ركعت، وبك آمنت، ولك أسلمت، أنت ربى خَشع سمعى وبصرى وحنى وعظمى وعصبى، وما استقلت به قدمى لله رب العالمين»^(٢).

(١) الصيغة المشهورة في الركوع هي التي وردت في حديث عقبة سابق الذكر، وفيه زيادة: قال لنا: «اجعلوها في سجودكم»، فكان رسول الله ﷺ إذا ركع، قال: «سبحان ربى العظيم وبحمده»، ثلاثاً، وإذا سجد قال: «سبحان ربى الأعلى وبحمده» ثلاثاً. قال أبو داود: وهذه الزيادة تخاف ألا تكون محفوظة. أبو داود (٥٤٢/١). والاحتياط هو: «سبحان ربى الأعلى»، وهو ما دل ظاهر حديث عقبة عليه، وفيه قوله تعالى: ﴿فَسَبِّحْ بِاسْمِ رَبِّكَ الْعَظِيمِ﴾، وقوله: ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾، وتفسير ذلك في حديث حذيفة، قال: صليت مع النبى ﷺ، فكان يقول في ركوعه: «سبحان ربى العظيم»، وفي سجوده: «سبحان ربى الأعلى». أخرجه أبو داود (استفتاح الصلاة ب ٣٦)، والترمذى (٢٦٢)، والنسائى (الافتتاح ب ٢٧٥ ب ١١١)، وأحمد (٣٨١/٥، ٣٨٢، ٣٩٤)، وابن أبى شيبه فى مصنفه (٢٤٨/١)، والدارقطنى (٣٤١/١)، والزبيدى فى إتحاف السادة (٦٠/٣، ٩٤/٥، ٩٦)، وشرح معانى الآثار (٣٣٥/١).

وروى أنه كان يقول في ركوعه: «سبحان ذى الجبروت»، إتحاف السادة المتقين (٩٧/٥)، وإرواء العليل للألبانى (٣٩/٢). وروى أنه كان يقول في ركوعه وسجوده: «سبح قدوس رب الملائكة والروح». أخرجه البخارى (٢٠١/١، ١٨٩/٥)، ومسلم (الصلاة ب ٤٢ رقم ٢٢٣)، وأبو داود (استفتاح الصلاة ب ٣٦)، والنسائى (الافتتاح ب ٩٨، ب ١٥٠، ب ١٥١)، وأحمد (٣٥/٦، ٩٤، ١٩٣، ٢٤٤)، والدر المنثور (٣٠٩/٦)، وإتحاف السادة (٩٤/٥).

(٢) أخرجه البيهقى (٨٧/٢، ١٠٩، ٣٠٠، ٣١٠)، والزبيدى فى إتحاف السادة المتقين (٦٠/٣)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٨٨١)، وحلية الأولياء (٢٤٦/٨)، وهو جزء من حديث رواه الإمام مسلم (ح ٧٧١)، والنسائى (١٠٥١، ١٠٥٢).

وجملة ما روى عنه ﷺ فى أنواع الأذكار والأدعية تارة بهذا وتارة بهذا:

١ - «سبحان ربى العظيم» ثلاث مرات، وكان أحياناً يكررها أكثر من ذلك، وبالع مرة فى -

القول في الاعتدال:

إذا رفع الرأس من الركوع رفع اليدين، فيعدل قائماً وقد انتهت يده إلى مكبيه، ثم ينفض يديه بعد الاعتدال، وأقله الاعتدال والطمأنينة^(١).

ويستحب أن يقول: سمع الله لمن حمده، عند الرفع، ثم يقول: ربنا لك الحمد، يستوى فيه الإمام والمأموم والمنفرد^(٢).

وروى أنه عليه الصلاة والسلام، قال: «ربنا لك الحمد، ملء السموات وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعده، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد، كنا لك عبد، لا

تكرارها في صلاة الليل حتى كان ركوعه قريباً من قيامه، وكان قرأ فيه ثلاث سور من الطوال، البقرة، والنساء، وآل عمران، يتخللها دعاء واستغفار.

٢ - «سبحان ربى العظيم وبحمده» ثلاثاً.

٣ - «سبح قدوس رب الملائكة والروح».

٤ - «سبحانك اللهم وبحمدك، اللهم اغفر لي» وكان يكسر منه في ركوعه وسجوده، يتأول القرآن، أى يعمل بما فيه.

٥ - «اللهم لك ركعت، وبك آمنت، ولك أسلمت، أنت ربي، خشع لك سمعى وبصرى، وعنى وعظمى، وفي رواية: وعظامى وعصى، وما استقلت به قدمى له رب العالمين».

٦ - «اللهم لك ركعت، وبك آمنت، ولك أسلمت، وعليك توكلت، أنت ربي، خشع سمعى، وبصرى، ودمى، ولحمى، وعظمى، وعصى لله رب العالمين».

٧ - «سبحان ذى الجبروت والملكوت والكبرياء والعظمة»، وهذا قاله في صلاة الليل. انتهى من كتاب صفة صلاة النبي ﷺ للألبانى (ص ١١٣، ١١٤).

(١) وفي ذلك أنه كان ﷺ يقوم أحياناً، حتى يقول القائل: قد نسي؛ من طول ما يقوم. أخرجه

الألبانى في إرواء الغليل رقم (٣٠٧)، وحديث المسئء صلاته، وسبق ذكره وتخريجه وحديث:

«لا ينظر الله عز وجل إلى صلاة عبد لا يقيم صلبه بين ركوعها وسجودها». أخرجه أحمد

(٢٢/٤)، والطبرانى (٤٠٦/٨)، وصححه الألبانى. انظر: صفة صلاة النبي ﷺ (ص ١٢١).

(٢) وفي ذلك أنه كان ﷺ يرفع صلبه من الركوع قائلاً: «سمع الله لمن حمده»، ثم كان يقول وهو

قائم: «ربنا لك الحمد». ورد هذا عن جماعة من الصحابة ذكرناهم من قبل في تحقيق حديث

رفع اليدين، فليراجع هناك.

وثبت ذلك للمؤتم أيضاً؛ لقوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلى»، سبق تخريجه. وكان يقول:

«إنما جعل الإمام ليؤتم به، وإذا قال: سمع الله لمن حمده، فقولوا: اللهم ربنا ولك الحمد، يسمع

الله لكم، فإن الله تبارك وتعالى قال على لسان نبيه ﷺ: سمع الله لمن حمده». أخرجه البخارى

(١٠٦/١، ١٨٧، ٢٠٣، ٥٩/٢)، ومسلم (الصلاة ٧٧، ٨٨)، وأبو داود (٦٠٣)، والترمذى

(٣٦١)، والنسائى (١٩٦/٢)، وابن ماجه (١٢٣٨)، وأحمد (٤٢٠/٢). انظر: احاوى

للفتاوى (٥٢٩/١).

مانع لما أعطيت، ولا معطى لما منعت، ولا ينفع ذا الجلد منك الجلد^(١)، فإن كان فى صلاة الصبح استحباب القنوت^(٢) فى الركعة الأخيرة، خلافاً لأبى حنيفة؛ لما روى أنس اس مالك، أن رسول الله ﷺ لم يزل يقنت فى الصبح حتى فارق الدنيا^(٣).

(١) أخرجه مسلم (ح ٤٧٧، ٤٧٨)، وأبو عوانة (١٠٧/٢)، وابن خزيمة (٦١٢)، والبخارى (٢٠٢/١)، والبيهقى (٩٤/٢، ٩٥)، وإتحاف السادة المتقين (١٠٤/٣، ٩٥/٥، ١٤/٥)، والطبرانى (١٢٩/١٢)، وإرواء الغليل للألبانى (٣٦/٢، ٤٢، ٦٤)، وخرج الألبانى فى إرواء العليل (٣٣٥)، عن أبى داود والنسائى بسند صحيح أنه ﷺ، كان يقول: «لربى الحمد لربى الحمد»، يكرر ذلك حتى كان قيامه نحواً من ركوعه الذى كان قريباً من قيامه الأول، وكان قرأ فيه سورة البقرة. انتهى. وورد غير ذلك من الصيغ، منها قول الرجل وراء النبى: «ربنا لك الحمد حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه». أخرجه الألبانى عن البخارى ومسلم وأحمد فى إرواء الغليل (٣٠٧).

(٢) القنوت: الطاعة والدعاء. جمع قنّت. انظر: المعجم الوسيط (٧٦١/٢).

(٣) قال ابن رشد: اختلفوا فى القنوت، فذهب مالك إلى أن القنوت فى صلاة الصبح مستحب. وذهب الشافعى إلى أنه سنة. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز القنوت فى صلاة الصبح، وأن القنوت إنما موضعه الوتر. وقال قوم: بل يقنت فى كل صلاة. وقال قوم: لا قنوت إلا فى رمضان. وقال قوم: بل فى النصف الأول منه. انتهى.

قلت: وقال قوم: بل فى الصلوات الخمس للنزلة. أما القنوت فى الصبح، ففيه حديث أنس الذى ذكره المصنف أخرجه أحمد (١٦٢/٣)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢٤٨/١)، والدارقطنى (٣٩/٢)، وعبد الرزاق (١١٠/٣) ح (٤٩٦٤)، وابن أبى شيبة (٣١٢/٢)، وابن الجوزى فى العلل (٤٤١/١).

وروى بلفظ: «صليت مع النبى ﷺ فلم يزل يقنت فى صلاة الغداة حتى فارقه، وصليت مع عمر بن الخطاب فلم يزل يقنت فى صلاة الغداة حتى فارقه». أخرجه الطحاوى أيضاً (٢٤٣/١)، والبيهقى (٢٠٢/٢)، والدارقطنى (٤٠/٢)، وروى أيضاً القنوت فى الصبح عن:

١ - ابن عمر. ٢ - أبى هريرة. ٣ - وخفاف بن إيماء. ٤ - والبراء بن عازب. ٥ - وعلى. ٦ - وعمار. ٧ - وابن عباس. فالأول أخرجه البخارى (٣٦٥/٧)، وأحمد (١٤٧/٢)، والثانى أحمد (٢٥٥/٢)، والنسائى (٢٠١/٢)، والثالث أحمد (٥٧/٤)، والبيهقى (٢٠٨/٢)، والطحاوى (٢٤٣/١)، والرابع أحمد (٣٠٠/٤)، والدارمى (٣٧٥/١)، ومسلم (٤٧٠/١)، والبيهقى (١٩٨/٢)، والدارقطنى (٣٧/٢)، والخامس والسادس الدارقطنى (٤٠/٢، ٤١)، وهو موضوع. انظر: التعليق على المغنى (٤٠/٢، ٤١). والسابع: الطبرانى (١٤٦/١١).

وأما مطلق القنوت، وقيد بالظهر، والعشاء، والمغرب، وبالعشاء الآخرة، البخارى (٣٩٠/٢) ح (٨٠٤)، ومسلم (٤٦٧/١) كتاب المساجد (ح ٦٧٥/٢٩٤). وأما تقييده بالصبح والمغرب ورد فى حديث البراء بن عازب السابق (٤).

وأما القنوت فى الوتر فورد من حديث: ١ - الحسن بن على. ٢ - وابن عباس. ٣ - وعلى. =

ثم كلماته مشهورة وهى متعينة ككلمات التشهد، ثم قال العراقيون: إذا نزل بالمسلمين نازلة وأرادوا القنوت فى الصلوات الخمس جاز، وإن لم تنزل فقولان. وقيل: إن لم تنزل لم يجز، وإن نزل فقولان، وهو أقرب.

واختلفوا فى الجهر به فى الصلاة الجهرية، والظاهر أن الجهر مشروع، ثم إذا جهر الإمام آمن المأموم، وإن لم يسمع صوته فيؤمن أو يقرأ؟ فيه وجهان. ثم يستحب أن يرفع يديه، ويمسح بهما وجهه فى آخره^(١).

القول فى السجود والاعتدال عنه:

أما أقله فالكلام فى الموضوع على الأرض، وكيفية الوضع، وهيته الساجد. أما الموضوع: فالجبهة، ولا يقوم غيرها مقامها، ثم يكفى أقل ما ينطلق عليه الاسم، وفى وضع اليدين والركبتين والقدمين قولان:

٤ - وأبى بن كعب. ٥ - وابن مسعود. ٦ - وابن عمر. ٧ - والخلفاء الأربعة. ففى الأول أحمد (١٩٩/١، ٢٠٠)، ومصنف ابن أبى شيبة (٣٠٠/٢)، وابن خزيمة (٢/١١٩)، والثانى أخرجه أبو نعيم فى الحلية (٦٢/٥)، والبيهقى (٤١/٣)، وقال: هذا ينفرد به عطاء بن مسهم، وهو ضعيف. والثالث أخرجه أحمد (٩٦/١)، وأبو داود (١٣٤/٢)، والترمذى (٣٥٦٦)، وقال: حسن، والحاكم (٣٠٦/١)، وقال: صحيح الإسناد، والبيهقى (٤٢/٣)، والنسائى (٢٤٨/٣، ٢٤٩).

والرابع النسائى (٢٣٥/٣)، وابن ماجه (٣٧٠/١). والخامس أخرجه الدارقطنى (٣٢/٢)، وقال: فيه أبان بن عياش متروك. وورد من وجه آخر فيه ضعيف، بجمع الزوائد (١٤١/٢). والسادس أخرجه الطبرانى فى الأوسط كما فى المجمع (١٤١/٢)، وفيه سهل بن العباس الترمذى متروك. المغنى (٢٨٨/١). السابع الدارقطنى (٣٢/٢)، وفيه عمر بن شمر كذبوه. وأما قنوت الصلوات كلها: الدارقطنى (٣٧/٢)، والبيهقى (١٩٨/٢)، والحازمى (٨٧/١). وأما القنوت فى رمضان، مالك (١١٥/١). وأما القنوت فى النصف الأخير: ابن عدى فى الكامل (١١٨/٤)، وفيه أبو العاتكة. قال البخارى: منكر الحديث. وأبو داود (١٣٦/٢) ح (١٤٢٨)، وفى مسنده جهالة.

(١) رفع اليدين فى الدعاء، وتأمين المأموم ثبت بسند صحيح عن أحمد والطبرانى وأبو داود والسراج، وصححه الحاكم ووافقه عليه الذهبى وغيره، ذكر ذلك الألبانى وقال: هذا مذهب أحمد وإسحاق أنه يرفع يديه فى القنوت كما فى المسائل للمروذى (ص ٢٣)، وأما مسح الوجه بهما، فلم يرد فى هذا الموطن فهو بدعة، وأما خارج الصلاة فلم يصح، وكل ما روى فى ذلك ضعيف، وبعضه أشد ضعفا من بعض كما حققته فى ضعيف أبى داود (٢٦٢)، والأحاديث الصحيحة (٥٩٧)، ولذلك قال العز بن عبد السلام فى بعض فتاويه: لا يعملها إلا الجهال انظر: صفة صلاة النبى ﷺ للشيخ الألبانى (ص ١٥٩).

أحدهما: يجب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أسجد على سبعة آراب»^(١).
والثاني: لا؛ لأن السجود عبارة عن وضع الجبهة، ففيه تمكين أعز الأعضاء من التراب^(٢).
فإن أوجبنا، فلا يجب كشف القدمين والركبتين^(٣)، ويجب كشف الجبهة، وفي
اليدين، قولان:

أحدهما: يجب؛ لقول خباب بن الأرت: شكونا إلى رسول الله ﷺ حرَّ الرمضاء في
وجوهنا وأكفنا، فلم يشكنا^(٤)، أى لم يزل شكوانا. والثاني: لا يجب؛ لأن التواضع
حصل بالوضع، ثم لا يكفي في الوضع الإمساس مع إقلال الرأس، بل لابد وأن يرخى
رأسه.

(١) روى هذا الحديث باللفاظ منها ما رواه مسلم (الصلاة ٢٣١)، وأبو داود (٨٩١)، والترمذي
(٢٧٢)، والنسائي (٢١٠/٢، ١٠٨)، وابن ماجه (٨٨٥)، والبيهقي (١٠١/٢)، وابن خزيمة
(٦٣١)، والساكني في بدائع المنن (٢٥١)، وأبو نعيم في الحلية (٣٦/٩)، والمتقى بهندي
(١٩٧٦١)، واختلفت فيه الألفاظ: «أمرت أن أسجد على سبع»، «وإذا سجد العبد»، «وسبع
ولا أكفت الشعر ولا الثياب، الجبهة والأنف واليدين والركبتين والقدمين»، «وسبعة أطراف،
وجهه، وكفاه، وركبناه، وقدماه». والبحاري (٢٠٦/١، ٢٠٧)، وأحمد (٢٧٩/١، ٢٨٥)،
(٢٨٦).

(٢) قال ابن دقيق العيد: ولم يختلف في أن كشف الركبتين غير واجب لما يحذر فيه من كشف
العورة، وأما عدم وجوب كشف القدمين، فللدليل لطيف، وهو أن الشارع وقت مسح على
الخف بمدة يقع فيها الصلاة بالخف، فلو وجب كشف القدمين لوجب نزع الخف المقتضى
لنقض الطهارة، فتبطل الصلاة. أ.هـ.
وذهب الشافعي في أحد قوليه إلى أنه يجب في الجبهة دون غيرها، وفي قول أنه يجب كشف
اليدين كالجبهة. انظر: نيل الأوطار (٢٥٩).

(٣) قال ابن دقيق العيد: ولم يختلف في أن كشف الركبتين غير واجب لما يحذر فيه من كشف
العورة، وأما عدم وجوب كشف القدمين، فللدليل لطيف، وهو أن الشارع وقت المسح على
الخف بمدة يقع فيها الصلاة بالخف، فلو وجب كشف القدمين لوجب نزع الخف المقتضى
لنقض الطهارة، فتبطل الصلاة. أ.هـ.
وذهب الشافعي في أحد قوليه إلى أنه يجب في الجبهة دون غيرها، وفي قول أنه يجب كشف
اليدين كالجبهة. انظر: نيل الأوطار (٢٥٩).

(٤) الحديث أخرجه ابن عبد البر (٤/٥، ٥)، بمجمع الزوائد (٣٠٥/١)، والعقيلي في الضعفاء
(١٦٧/١)، وذكر الشوكاني الحديث وعزاه للحاكم في الأربعين والبيهقي، وذكر اللفظ الذي
أورده المصنف. قال: وأخرجه مسلم بدون لفظ حر وبدون لفظ جباهنا وأكفنا. ويجمع بين
الحديثين بأن الشكاية كانت لأجل تأخير الصلاة حتى يبرد الحر لا لأجل السجود على الحائل
إذ لو كان كذلك لأذن لهم بالحائل المنفصل. انظر: نيل الأوطار (٢٦٠/٢).

قالت عائشة، رضى الله عنها: رأيت رسول الله ﷺ في سجوده كالخرقة البالية^(١)، ثم في كشف الجبهة يكفي أقل ما ينطلق عليه الاسم، ولو سجد على طرفه، أو على كور عمامته، أو طرف كُمه الذى يتحرك لم يجز^(٢).

أما هيئة الساجد:

وهو التنكس^(٣)، بحيث يكون أسافله أعلى من أعاليه، فلو سجد على وسادة وكان رأسه مساوياً لظهره فيه وجهان؛ لفوات التنكس.

(١) الحديث أعياني بحثاً فلم أجده.

(٢) السجود على الثوب المتصل أحازه أبو حنيفة والجمهور، أما المصنف والشافعي، رجهما الله، فمنعوه وحلوا الأحاديث الواردة في ذلك على الثوب المفصل، وقد عورضت تلك الأحاديث التى تجوز السجود على الثوب بحديث عياض بن الأرت سابق الذكر، وأجيب عنه كما سبق فى تحقيقنا.

قال الشوكاني: وأما ما أخرجه أبو داود فى المراسيل، عن صالح بن حيوان السبائي، أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يسجد إلى جنبه وقد اعتم على جبهته، فحسر عن جبهته. وأخرج ابن أبي شيبة، عن عياض بن عبد الله، قال: رأى رسول الله ﷺ رجلاً يسجد على كور العمامة، فأوماً بيده: «ارفع عمامتك»، فلا تعارضهما الأحاديث الواردة أنه ﷺ كان يسجد على كور عمامته. قلت: أخرجه البيهقي (١٠٦/٢)، وعبد الرزاق (١٥٦٤)، وكنز العمال (٢٢٢٣٨)، وأبو نعيم فى حلية الأولياء (٥٥/٨)، وابن عساکر فى تهذيب تاريخ دمشق (٣٤٠/٤)، وابن أبى حاتم فى علل الحديث (٥٠٠)، قال: لأنهما كما قال البيهقي: لم يثبت منها شيء يعنى مرفوعاً.

وقد رويت من طرق عن جماعة من الصحابة منها عن ابن عباس عند أبي نعيم فى الحلية، وفى إسناده ضعف كما قال الحافظ. ومنها عن ابن أبي أوفى عند الطبراني، وفيه فائد أبو النورقلاء وهو ضعيف. ومنها عن جابر عند ابن عدى، وفيه عمرو بن شمر، وجابر الجعفي، وهما متروكان. ومنها عن أنس عند ابن أبي حاتم فى العلل، وفيه حسان بن سيار، وهو ضعيف. ورواه عبد الرزاق مرسلًا.

وعن أبي هريرة قال أبو حاتم: هو حديث باطل، ويمكن الجمع إن كان لهذه الأحاديث أصل فى الاعتبار بأن يحمل حديث صالح بن حيوان، وعياض بن عبد الله، يعنى أحاديث ضع، عسى عدم العذر من حر أو يرد وأحاديث سجوده ﷺ على كور العمامة على العذر. ومن القائلين بجواز السجود على كور العمامة، عبد الرحمن بن يزيد، وسعيد بن المسيب، والحسن، ونكر المنزى، ومكحول، والزهري، وروى ذلك عنه ابن أبي شيبة. ومن اللاتين على بن أبى صلاب، وابن عمر، وعبادة بن الصامت، وإبراهيم، وابن سيرين، وميمون بن مهران، وعمر بن عبد العزيز، وجعدة بن هيرة، روى ذلك عنهم أيضاً ابن أبي شيبة. انتهى بتصرف من إرشاد المحول (ص ٢٦٠).

(٣) التنكس من نكس نكسًا: قلبه، جعل أعلاه أسفله، أو مقلبه مؤخره. انظر: المعجم الوسيط (٩٥٢/٢).

ولو كان به مرض يمنعه من التتكس، فهل يجب عليه وضع وسادة ليضع الجبهة عليها؟ فيها وجهان، أظهرهما الوجوب؛ لأن صورة السجود بالوضع لا بالتتكس. والطمأنينة أيضاً واجبة في السجود.

أما الأكمل، فليكن أول ما يقع على الأرض منه ركبتاه. وقال أبو حنيفة: بل يده^(١) ثم يستحب أن يكبر عند الهوى ولا يرفع اليد^(٢)، ويقول في سجوده: سبحان ربى الأعلى^(٣) ثلاث مرات.

ويضع الأنف على الأرض مع الجبهة^(٤) مكشوفاً، ويفرق ركبتيه، ويجافى مرفقيه عن جنبه^(٥)، بحيث يرى عفرة إبطيه^(٦)، ويقل بطنه عن فخذه^(٧)، ويضع يديه منشورة

(١) روى في ذلك أحاديث ضعيفة إلا حديثاً لابن حجر قال: رأيت رسول الله ﷺ إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه، وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه. قال الترمذى: حسن غريب (ح ٢٦٧ كتاب الصلاة)، وصححه ابن خزيمة (١/٣١٨ ح ٦٢٦)، وصححه الحاكم (١/٢٢٦)، ووافقه الذهبي، وأخرجه البيهقي (٢/٩٨)، والدارقطني (١/٣٤٥)، وابن حبان (٤٨٧). وأحسن ما يستدل به على مذهب أبى حنيفة حديث أبى هريرة مرفوعاً: «إذا سجد أحدكم فلا يرك كما يرك البعير، وليضع يديه قبل ركبتيه»، والحديث غريب كما قال الترمذى (١/١٦٨ ح ٢٦٨)، وأخرجه أحمد (٢/٣٨١)، والدارقطني (١/٣٠٣)، والدارقطني (١/٣٤٤)، (٣٤٥). قال صاحب منتقى الأخبار: قال الخطابي: حديث وائل بن حجر أثبت من هذا، يعنى أبى هريرة. وقاله ابن رشد. انظر تحقيق ذلك فى: نيل الأوطار (٢/٢٥٣ - ٢٥٦)، بداية المجتهد (٢/٢٦٤)، سبل السلام (١/٣١٦ ح ٢٩٢).

(٢) سبق ذكر أحاديث رفع اليدين عند تكبيرة الإحرام، وكذلك عند تكبيرة الانتقال، والخلاف فى ذلك بتحقيقنا عند الكلام على سنة التكبير، ورفع اليدين معه.

(٣) سبق تخريج أحاديث الذكر فى الركوع والسجود.

(٤) روى فى ذلك حديث رواه الدارقطني (١/٣٤٨)، بلفظ: «لا صلاة لمن لم يضع أنفه بالأرض»، وحديث رواه الزبيدى فى إتحاف السادة (٣/٧٢)، والألبانى فى السلسلة الضعيفة (٥٦٢)، بلفظ: «كان يمكن جبهته وأنفه من الأرض»، ونحو يديه عن جنبه، ووضع كفيه حدو منكبيه.

(٥) روى فى ذلك حديث رواه الدارقطني (١/٣٤٨)، بلفظ: «لا صلاة لمن لم يضع أنفه بالأرض»، وحديث رواه الزبيدى فى إتحاف السادة (٣/٧٢)، والألبانى فى السلسلة الضعيفة (٥٦٢)، بلفظ: «كان يمكن جبهته وأنفه من الأرض»، ونحو يديه عن جنبه، ووضع كفيه حدو منكبيه.

(٦) وفيه حديث أخرجه مسلم (الصلاة ب ٤٦ رقم ٢٣٩)، وأحمد (٣/٢٩٤)، والطبرانى (٢/١٩٨)، ومجمع الزوائد (٢/١٢٥)، وشرح معانى الآثار (١/٢٣١)، وعند الرراق (٢٩٢٢)، بلفظ: «كان إذا سجد جافى حتى يرى بياض إبطيه».

(٧) وفيه حديث أبى حميد فى صفة صلاة رسول الله ﷺ، قال: «إذا سجد فرج بين فخذه عير =

الأصابع على موضعهما في رفع اليدين، وأصابعهما مستطيلة في جهة القبلة مضمومة، ولا يؤمر بضم الأصابع إلا هاهنا.

ونقل المزني أنه يضع أصابع رجليه، بحيث تكون رءوسهما في قبالة القبلة. أما المرأة، فتترك التحوية والتجافي في الركوع والسجود^(١).

ثم يكبر عند الاعتدال^(٢)، ويجلس مفترشاً بين السجدين^(٣)، ويضع يديه قريباً من ركبتيه منشورة الأصابع، ويقول: اللهم اغفر لي، واجبرني، وعافني، وارزقني، واهدني^(٤)، ويطمئن في جلوسه^(٥).

= حامل يطمئه على شيء من فخذيه». أورده صاحب منتقى الأخبار، وقال: رواه أبو داود. قال الشوكاني: قال أصحاب الشافعي: يكون التفريق بين القدمين بقدر شبر. والحديث يدل على مشروعية التفريق بين الفخذين في السجود ورفع البطن عنهما، ولا خلاف في ذلك. انتهى. انظر: نيل الأوطار (٢/٢٥٧).

(١) هذا هو المشهور في المذهب، وفيه نظر. قال الصنعاني: وهذا في حق الرجل لا المرأة، فإنها تخالفه في ذلك لما أخرجه أبو داود في مراسيله عن زيد بن أبي حبيب، أن النبي ﷺ مر على امرأتين تصليان، فقال: «إذا سجدتما فضا بعض اللحم إلى الأرض، فإن المرأة في ذلك ليست كالرجل». قال البيهقي: وهذا المرسل أحسن من موصولين فيه، يعني من حديثين موصولين ذكرهما البيهقي في سننه وضعفهما. انتهى. انظر: سبل السلام (١/٣٠٨).

قلت: ولا يخفى عليك الكلام في حجية المراسيل، خاصة وأن في المسألة صحاح موصولة تعم الرجل والمرأة. والحديث هذا رواه: البيهقي في السنن الكبرى (٢/٢٢٣)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١/٢٤٢)، والمنتقى الهندي في كنز العمال (١٩٧٨٧)، والزيدي في إتحاف السادة المتقين (٣/٥٩).

(٢) سبق ذكر التكبير عند الانتقال عند الكلام على سنة التكبير.

(٣) وكان ﷺ يفرش رجله اليسرى، فيقعد عليها مطمئناً، وأمر بذلك المسيء صلاته، فقال له: «إذا سجدت فمكن لسجودك، فإذا رفعت فاقعد على فخذك اليسرى»، سبق تخريجه. وكان ينصب رجله اليمنى، ويستقبل بأصابعهما القبلة. أورده ذلك الألباني عن البخاري وأحمد ومسلم والبيهقي وأبو داود في إرواء الغليل (٣١٦)، وفي صفة صلاة النبي ﷺ (١٣٣).

(٤) الحديث ورد بالفاظ كثيرة منها ما أورده المصنف مع تقديم لفظ: «وارحمي»، وبعدها «واجبرني»، وفي ألفاظ ورد لفظ «وعافني»، مكان «واجبرني»، النسائي (٢/٢٢٠، ٣/٢٠٩، ٨/٢٨٤، ٧٦٢، ٨٤٥)، والترمذي (٢٨٢، ٣٨٤)، وابن ماجه (١٤٤٧)، وأحمد (٤/٢٨٢، ٣٥٣، ٣٥٦، ١/١٨٠)، والطبراني (٨/٣٨٠).

(٥) وفي حديث أنس: «ثم يسجد ويقعد بين السجدين حتى تقول قد أوهم». قال صاحب منتقى الأخبار: رواه مسلم، وفي رواية متفق عليها: «أن أنساً قال: إني لا ألو أن أصلي بكم كما رأيت رسول الله ﷺ يصلي بنا، فكان إذا رفع رأسه من الركوع انتصب قائماً حتى يقول=

ثم يسجد سجدة أخرى مثلها، فإن كان يستعقب ذلك قياماً، فيجلس جلسة خفيفة للاستراحة، كان رسول الله ﷺ لا ينهض حتى يستوى قاعداً^(١).

ثم يتدلى التكبير، بحيث ينتهي عند استوائه جالساً أو يستوى جالساً، ثم يهض مبكراً إلى القيام، فيه خلاف.

ثم كان رسول الله ﷺ إذا قام في صلاته وضع يديه على الأرض كما يصع العاجن^(٢).

فرع: إذا خَرَّ الهاوى إلى السجود على وجهه اعتد به؛ لأن الهوى غير مقصود، وإن خَرَّ على جنبه واستد^(٣) على قصد السجود اعتد به، وإن قصد الاستقامة وصرف فعله عن السجود، فلا يعتد بسجوده؛ لأنه غير نية الأصل، وإن لم يخطر له أمر الصلاة وقصد الاستقامة غافلاً، فالنص أنه لا يعتد به، كما لو صرفه عن السجود ذاكراً.

وفيه وجه مخرج يجرى نظيره في اتباع الغريم في الطواف. ثم إذا لم يعتد بسجوده فيكفيه أن يعتدل جالساً، ثم يسجد ولا يلزمه القيام على الظاهر.

القول في التشهد والقعود:

أما القعود في التشهد الأول فمسنون على هيئة الافتراش، وفي الأخير على هيئة التورك؛ لأن الافتراش هيئة مستوفز^(٤) للحركة حتى نقول: المسبوق يفترش في التشهد

الناس: قد نسي، وإذا رفع رأسه من السجدة مكث حتى يقول الناس: قد نسي. انتهى. قلت: وهذا غلط؛ لأن الرواية الثانية بتمام لفظها عند مسلم (٣٤٤/١) الصلاة ب ٣٨ ح ١٩٥، (٤٧٢)، وعند (ح ١٩٣، ٤٧١)، بلفظ: وفجلسته بين السجدين، فسجدته، فجلسته ما بين التسليم والانصراف، قريباً من السواء، والبحارى (٢٠٠/١).

(١) هذا الحديث أخرجه البخارى (كتاب الأذان ب ١٤٢ ح ٨٢٣) عن مالك بن الحويرث الليثي، أنه رأى النبي يصلى، فإذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعداً. وأخرجه أبو داود (٢٢١/١) ح (٨٤٤)، والترمذى (٧٩/٢ ب ٩٧ ح ٢٨٧)، والنسائي (٢٣٤/٢ - ١٢ كتاب التطبيق ٩١ ح ١١٥٢)، وفي الحديث مشروعية جلسة الاستراحة وهي بعد الفراغ من السجدة الثانية وقبل النهوض إلى الركعة الثانية والرابعة، وقد ذهب إلى ذلك الشافعى فى المشهور. انظر: نيل الأوطار (٢٦٩/٢).

(٢) هذا الحديث لا أصل له، وذكر الألبانى مثله فى كتابه صفة صلاة النبي، وقال فى هامشه: رواه أبو إسحاق الحربى بسند صالح، ومعناه عند البيهقى بسند صحيح. انتهى (ص ١٣٧)

(٣) استد: استقام وانتظم. انظر: المعجم الوسيط (٤٢٢/١).

(٤) استوفز: جلس على هيئة كأنه يريد القيام، واستوفز فى قعدته: انتصب فيها غير مطمئن =

الأخير للإمام، ولو كان على الإمام سجود سهو، هل يفترش؟ فيه خلاف.

والافتراض أن يضع الرجل اليسرى ويجلس عليها، وينصب القدم اليمنى ويضع أطراف الأصابع على الأرض.

والتورك أن يضع رجله كذلك، ثم يخرجها من جهة يمينه، ويمكن وركه من الأرض، ثم يضع اليد اليسرى على طرف الركبة منشورة مع التفريج المقتصد، وأطراف الأصابع مسامية للركبة^(١)، وأما اليد اليمنى، فيضعها كذلك، لكن يقبض الخنصر والبنصر والوسطى، ويرسل المسبحة^(٢)، وفي الإبهام أوجه، قيل: يرسلها أيضًا، وقيل: يُحَلِّقُ الإبهام والوسطى، وقيل: يضمها إلى الوسطى المقبوضة كالقابض ثلاثة وعشرين، ثم يرفع مُسَبِّحَتَهُ عند قوله: لا إله إلا الله، مع الهمزة من قوله: إلا الله. وهل يحركها عند الرفع^(٣)؟ فيه وجهان.

فأما التشهد:

= انظر: المعجم الوسيط (١٠٤٦/٢).

(١) أى تكون الأطراف أولها على أول الركبة من ناحية الفخذ، كأنها علامة على الركبة. تسوم فلان: اتخذ سِمَةً ليُعرف بها. انظر: المعجم الوسيط (٤٦٥/١).

(٢) وفي ذلك حديث ابن عمر، قال: كان رسول الله ﷺ إذا جلس في الصلاة وضع كفه اليمنى على فخذ اليمنى وقبض أصابعها كلها، وأشار بإصبعه التي تلي الإبهام، ووضع كفه اليسرى على فخذ اليسرى. أخرجه أحمد (٦/٢)، ومسلم كتاب المساجد، باب صفة الجنوس في الصلاة ح (١١٦)، والنسائي (٣٦/٣، ٣٧).

(٣) تأول بعضهم الإشارة بالإصبع، وقالوا: إن المراد بها التحريك، وقد ورد لفظ: «وأشار بإصبعه»، من حديث جماعة، منهم الحديث السابق لابن عمر، وابن الزبير، وأبي حميد، وغير أبي مالك الخزازي، وخفاف بن إيماء، وعبد الرحمن بن أبيزى. انظر: المراجع السابقة، أحمد (٣/٤)، ومالك (٨٨/١)، والشافعي في المسند (٩٦/١)، وأبو داود (ح ٩٨٨)، والنسائي (٢٣٧/٢)، والبيهقي (١٣٠/٢)، وابن ماجه (ح ٩١١)، وأحمد أيضًا بلفظ آخر (٥٧/٤)، والنسائي (٣٩/٣).

وقرئ تأويلهم ما روى من طريق محمد بن عمر الواقدي، ثنا كثير بن زيد، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي ﷺ قال: «تحريك الإصبع في الصلاة مذكرة للشيطان». أخرجه ابن عدي (٢٤٣/٦)، والبيهقي (١٣٢/٢)، وقال: تفرد به محمد بن عمر الواقدي، وليس بالقوى. وحديث وائل بن حجر أيضًا ورد بالتحريك، وقد تأوله بعضهم أيضًا بأن المراد بالتحريك الإشارة. انظر: المراجع السابقة. انظر: نيل الأوطار (٢٨٢/٢ - ٢٨٤)، سبل السلام (٣١٨/١)، بداية المجتهد (٢٦٠/٢، ٢٦١).

فواجب في الأخير خلافاً لأبي حنيفة^(١). والصلاة على الرسول واجب معه، وعلى الآل، قولان^(٢). والتشهد الأول مسنون. وفي الصلاة على الرسول فيه قولان؛ لأنه مبسب

(١) قبل سرد أدلة وجوب التشهد الآخرة، نبيه إلى أن الواجب عند الجمهور بمعنى الفرض عند الأحناف وأبي حنيفة، رحمه الله، لم يقل بفرضية التشهد الآخرة بل بوجوبه. قال ابن حجر في فتح الباري (٣١٦/٢) السطر السادس من أسفل: والمعروف عند الحنفية أنه واجب لا فرض، بخلاف ما يوجد عنهم في كتب مخالفاتهم. انتهى.

قبت: وحل هذا الإشكال هو حمل قولهم: ليس بواجب عند أبي حنيفة، أي ليس بفرض؛ لأن الفرض عند الأحناف ما كان دليلاً قطعي الثبوت، والواجب ما كان ظني الثبوت فيه شبهة، أما الجمهور فالفرض والواجب عندهم بمعنى واحد، أي ما ثبت بدليل قطعي أو ظني ومنكره كافر، أما الأحناف فمتكر الفرض عندهم كافر ومنكر الظني فاسق، فانتبه لذلك.

قال ابن حجر: وقال الشافعي: هو فرض، لكن قال: لو لم يزد رجل على قوله: التحيات لله سلام عليك أيها النبي... إلخ. كرهت ذلك له ولم أر عليه إعادة، هذا لفظه في الأم. وقال صاحب الروضة تبعاً لأصله، وأما أقل التشهد فنص الشافعي وأكثر الأصحاب إلى أنه... فذكره، لكنه قال: وأن محمداً رسول الله. قال: ونقله ابن كج الصيدلاني، فقال: وأشهد أن محمداً رسول الله. لكن أسقط: وبركاته. أ.هـ.

واستدلوا على الوجوب بحديث ابن عباس، أنه قال: كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد، كما يعلمنا السورة من القرآن. وروى أيضاً عن جماعة من الصحابة، وسيأتي بيان ذلك. ورواية ابن عباس هذه أخرجهما الشافعي (٩٧/١) ح (٢٧٦)، وأحمد (٢٩٢/١)، ومسلم (٣٠٢/١)، وأبو داود (٥٩٦/١، ٥٩٧)، والترمذي (٨٣/٢)، والنسائي (٢٤٢/٢)، وابن ماجه (٢٩١/١)، والدارقطني (٣٥٠/١). انظر خلافاً العلماء في هذه المسألة في: نيل الأوطار (٢٨٢/٢)، بداية المجتهد (٢٢٨/٢)، سبل السلام (٣٢٣/١).

(٢) قال الشوكاني بعد أن ذكر أدلة القائلين بوجوب الصلاة على الرسول ﷺ المقيد بما بعد التشهد، والمطلق أيضاً وبيان ضعف بعضها: واحتمال ألفاظ بعضها الآخر لغير الوجوب كما في حديث: «البخيل من ذكرت عنده، فلم يصل علي»، قالوا: وقد ذكر النبي في التشهد، وهذا أحسن ما يستدل به على المطلوب لكن بعد تسليم تخصيص البخيل بترك الواجبات، وهو ممنوع، فإن أهل اللغة والشرع والعرف يطلقون اسم البخيل على من شح بما ليس بواجب، فلا يستفاد من الحديث الوجوب.

قال: والحاصل أنه لم يثبت عندي من الأدلة ما يدل على مطلوب القائلين بالوجوب، وعلى فرض ثبوته، فترك تعليم المسمى للصلاة، لاسيما مع قوله ﷺ: «فإذا فعلت ذلك فقد تمت صلاتك»، قرينة صالحة لحمله على الندب. ويؤيد ذلك قوله لابن مسعود بعد تعليمه التشهد: «إذا قلت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد». أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والدارقطني، وفيه كلام يأتي إن شاء الله في باب كون السلام فرضاً.

وبعد هذا فنحن لا ننكر أن الصلاة عليه ﷺ من أجل الطاعات التي يتقرب بها الخلق إلى =

على التحقيف.

فإن أوجبنا الصلاة على الآل في الأخير، ففي كونها سنة في الأول قولان. ثم أكمل التشهد مشهور وكلماته متعينة.

وأما الأقل، فهو: التحيات لله^(١)، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً رسول الله. وأسقط العراقيون كلمة: أشهد. في الكرة الثانية.

وكان الشافعي، رضي الله عنه، جعل الأقل ما رآه متكرراً في جميع الروايات، وأما ابن سريج، فإنه أوجز بالمعنى، وقال: التحيات لله، سلام عليك أيها النبي، سلام على عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسوله. ثم يقول بعد التشهد: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد. ثم يستحب بعده أن يقول: كما صليت على إبراهيم وآل إبراهيم، وبارك على محمد وآل محمد كما باركت على إبراهيم وآل إبراهيم، إنك حميد مجيد^(٢).

الخالف، وإنما نازعنا في إثبات واجب من واجبات الصلاة بغير دليل يقتضيه مخافة من تقول على الله بما لم يقل، ولكن تخصيص التشهد الأخير بما لم يدل عليه دليل صحيح ولا ضعيف، وجميع هذه الأدلة التي استدلل بها القائلون بالوجوب لا تختص بالأخير. ثم قال: إذا تقرر لك الكلام في وجوب الصلاة على النبي ﷺ في الصلاة، فاعلم أنه قد اختلف في وجوبها على الآل بعد التشهد، فذهب الهادي والقاسم والمؤيد بالله وأحمد بن حنبل وبعض أصحاب الشافعي إلى الوجوب، واستدلوا بالأوامر المذكورة في الأحاديث المشتبهة على الآل.

وذهب الشافعي في أحد قوليه وأبو حنيفة وأصحابه والناصر إلى أنه سنة فقط، وقد تقدم ذكر الأدلة من الجانبين، ومن جملة ما احتج به الآخرون هنا الإجماع الذي حكاه النووي على عدم الوجوب، قالوا: فيكون قرينة لحمل الأوامر على التنبؤ، قالوا: ويؤيد ذلك عدم الأمر بالصلاة على الآل في القرآن. أ. هـ. انظر: نيل الأوطار (٢/٢٨٤ - ٢٨٨).

(١) حذف المصنف: «الصلوات والطيبات». قال ابن حجر: وقد استشكل جواز حذف: «الصلوات»، مع ثبوتها في جميع الروايات الصحيحة، وكذلك «الطيبات»، مع جزم جماعة من الشافعية، بأن المقتصر عليه هو الثابت في جميع الروايات، وسيأتي هذا في كلام المصنف ها. ومنهم من وجه الحذف بكونها صفتين كما هو الظاهر من سياق ابن عباس. لكن يعكر على هذا ما تقدم من البحث في ثبوت العطف فيهما في سياق غيره، وهو يقضى المغايرة. أ. هـ. انظر: فتح الباري (٢/٣١٦، ٣١٧)، وسيأتي بتحقيقنا ما ورد من صيغ التشهد إن شاء الله.

(٢) وردت صيغة التشهد عن جماعة من الصحابة بالفاظ متقاربة، نذكر منها الأهم، منها: عن عبد الله بن مسعود، قال: علمني رسول الله ﷺ التشهد كفي بين كفيه، كما يعلمني السورة من-

ثم يستحب بعده الدعاء، ويختصر إذا كان إماماً.

قال رسول الله ﷺ بعد تمام التشهد: «ثم ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه إليه والأولى أن يكون سؤاله لأمر الآخرة»^(١).

فرع: العاجز عن التشهد يأتي بترجمته كتكبيره التحريم، والعاجز عن الدعاء لا يدعو بالعجمية بحال.

وتكبيرات الانتقالات وغيرها من الأذكار، ففي الإتيان بترجمتها خلاف، قيل بالمنع؛ لأن العجمية مبطلّة، وترك الذكر ليس بمبطل.

والثاني: يأتي بها كالتكبير. والثالث: ما يُجبر تركه بسجود السهو يأتي بترجمته، وما لا فلا.

القول في السلام:

«القرآن: التحيات لله والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. وفي لفظ: أن النبي ﷺ قال: «إذا قعد أحدكم في الصلاة فليقل: التحيات لله...» وذكره، وفيه عند قوله: «وعلى عباد الله الصالحين، فإنكم إذا فعلتم ذلك فقد سلمتم على كل عبد لله صالح في السماء والأرض»، وفي آخره: «ثم يتخير من المسألة ما شاء».

وفي لفظ لأحمد من حديث أبي عبيدة، عن عبد الله، قال: علمه رسول الله ﷺ التشهد وأمره أن يعلمه الناس: التحيات لله... وذكره. قال الحافظ في التلخيص (٢٦٤/١): قال البيهقي: أصبح حديث في التشهد عندي حديث ابن مسعود، روى عن نيف وعشرين طريقاً، ولا نعلم روى عن النبي ﷺ في التشهد أثبت منه، ولا أصبح أسانيد، ولا أشهر رجالاً، ولا أشد تضافراً بكثرة الأسانيد والطرق. وقال مسلم: إنما اجتمع الناس على تشهد ابن مسعود؛ لأن أصحابه لا يخالف بعضهم بعضاً، وغيره قد اختلف أصحابه.

وقال محمد بن يحيى الذهلي: حديث ابن مسعود أصبح ما روى في التشهد. انظر. البخاري كتاب الأذان باب التشهد في الآخرة (ح ٨٣١)، ومسلم كتاب الصلاة باب التشهد في الصلاة (ح ٤٠٢/٥٥)، وأحمد (٣٨٢/١)، والدارمي (٣٠٨/١)، وأبو داود (٥٩١/١)، والترمذي (٨١/٢)، وابن ماجه (٢٩٠/١)، والنسائي (٢٣٩/٢، ٢٤٠)، وابن خزيمة (٣٤٨/١، ٣٤٩)، وابن حبان (٣١٠/٣، ٣١١)، والدارقطني (٣٥٠/١)، والبيهقي (١٣٨/٢).

قال الترمذي: هو أصح حديث روى في التشهد، والعمل عليه عند أكثر أهل العلم، ثم روى بسنده عن خصيف أنه رأى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن الناس قد اختلفوا في التشهد، فقال: «عليك بتشهد ابن مسعود».

(١) انظر: المراجع السابقة في تشهد ابن مسعود.

لا يقوم مقام التسليم غيره من أزيداد الصلاة عندنا خلافاً لأبى حنيفة^(١)، وأقله أن يقول: السلام عليكم^(٢) مرة واحدة. وهل تشترط نية الخروج؟ وجهان.

ولو قال: سلام عليكم. وجهان في إقامة التنوين مقام الألف واللام. ولو قال: عليكم السلام، فطريقان كما سبق. أما الأكمل، فأن يقول: السلام عليكم ورحمة الله.

والتسليمة الثانية تسن، ونص في القديم على أنه لا تسن. ونقل الربيع أنه إن كان إماماً في جمع متعين يقتصر على تسليمة واحدة، وإن كثر الجمع فتسليمتان، ثم إن سلم واحدة فتلقاء وجهه، وإن سلم تسليمتين، فيلتفت حتى يرى خداه، أى يرى من كل

(١) قوله: خلافاً لأبى حنيفة. يعنى خلافاً لأبى حنيفة في كونه فرض، وقد عرفناك الفرق عند الأحناف بين الواجب والفرض، وأنهما يختلفان خلافاً للجمهور، والتسليم عند الأحناف في المشهور واجب وليس بفرض خلافاً للشافعي، رحمه الله.

(٢) وقد ورد في مشروعية التسليم أحاديث منها ما رواه ابن مسعود، أن النبي ﷺ كان يسلم عن يمينه وعن يساره: «السلام عليكم ورحمة الله»، حتى يرى بياض خده. وروى مثله عامر بن سعد، عن أبيه، أخرجه أبو داود (٩٩٦)، والترمذي (٢٩٥)، والنسائي (٦١/٣)، وأحمد (٤٤٤/١)، (٤٠٨، ٣٩٠/٥)، والطبراني (١٥٢/١٠، ١٥٣، ١٥٤)، والبخاري في شرح السنة (٢٠٥/٣)، وابن أبي شيبة (٢٩٨/١)، وكنز العمال (٢٢٣٨٢)، والهيثمي في مجمع الزوائد (١٤٦/٢)، وروى بأنه كان يسلم عن يمينه: «السلام عليكم ورحمة الله»، حتى يرى بياض خده. انظر المراجع السابقة، وإرواء الغليل للألباني (٢٩/٢)، وعلل الحديث لابن أبي حاتم (٣٩٩).

واحتج القائلون بمشروعية التسليمتين بالحديث الأول، واحتج القائلون بمشروعية الواحدة فقط بالأحاديث التي بعدها، واحتج القائل بمشروعية ثلاث بالجمع بين الروايات. قال الشوكاني: والحق ما ذهب إليه الأولون لكثرة الأحاديث الواردة بالتسليمتين وصحة بعضها وحسن بعضها واشتمالها على الزيادة وكونها مثبتة بخلاف الأحاديث الواردة بالتسليمة الواحدة، فإنها مع قلتها لا تنتهز للاحتجاج. ولو سلم انتهاضاً لم تصلح لمعارضة أحاديث التسليمتين لما عرفت من اشتمالها على الزيادة. أ.هـ. وقال بفساد القول الثالث. وقال في موضع آخر: واختلف القائلون بمشروعية التسليمتين، هل الثانية واجبة أم لا، فذهب الجمهور إلى استحبابها.

قال ابن المذر: أجمع العلماء على أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة جائزة. وقال اسووي في شرح مسلم: أجمع العلماء الذين يعتد بهم على أنه لا يجب إلا تسليمة واحدة، وحكى الطحاوي وغيره عن الحسن بن صالح أنه أوجب التسليمتين جميعاً، وهي رواية عن أحمد. وبها قال بعض أصحاب مالك، ونقله ابن عبد البر عن بعض أصحاب الظاهر. انظر: نيل الأوصار (٢٩٩/٢)، فتح الباري (٣٢٢/٢)، البخاري (ح ٨٣٧ وأطرافه)، بداية المجتهد (٢٣٢/٢). سئل السلام (٣٢٩/١ - ٣٣١).

جانب خد واحد.

ثم ينوى بالسلام: السلام على من على يمينه من الجن والإنس والملائكة، وكذا من الجانب الآخر، والمقتدون ينوون الرد عليه، ولو أحدث في التسليمة الثانية لم تبطل الصلاة؛ لأنها واقعة بعد الصلاة تابعة، هذا تمام كيفية الصلاة.

خاتمة: من فاتته صلوات، فلا ترتيب عليه في قضائها. وقال أبو حنيفة: يلزمه تقديم الأول فالأول، إلا إذا زاد على صلاة يوم وليلة.

نعم، رعاية الترتيب بين الفاتئة والمؤداة عندنا مستحبة، فيقدم الفاتئة إن اتسع الوقت لهما، وإلا قَدِّم المؤداة. وسبب التقديم أن لا يتساهل في القضاء بالتأخير، ولو تذكر فاتئة وهو في مؤداة، أتم التي هو فيها، ثم اشتغل بالقضاء.

* * *

الباب الخامس

في شرائط الصلاة ونواقضها

والشرائط ستة:

الأول: الطهارة عن الحدث

فهو شرط في الابتداء والدوام، حتى لو أحدث في الصلاة عمدًا أو سهوًا، بطلت صلاته، ولو سبقه الحدث بسبق بول أو منى أو مذى أو خروج ريح، بطلت صلاته على الجديده.

وعلى القديم لا تبطل صلاته؛ لما روى مرسلًا^(١) أنه ﷺ قال: ومن قاء أو رَعَف أو

(١) الحديث المرسل هو الذى يسقط من سنده من هو بين التابعى والرسول ﷺ، أو رواية الصحابة عن التابعى عن النبى ﷺ. هذا هو اصطلاح أهل الحديث. أما فى اصطلاح الأصوليين، هو الحديث الذى لم يتصل سنده، سواء سقط منه واحد أو أكثر فى أحد طرفيه أو وسطه، وهو بهذا يشمل المعضل، والمنقطع، والمعلق، والحق الأول، أما المعضل والمنقطع والمعلق، فهى أحاديث ضعيفة بيد أنها شبيهة بالمرسل الخفى الذى يسقط راويه فى أى جزء من السند، ويختلف عن الخفى فى أن الثانى هو رواية راوى عن من عاصره ولم يلقه، أو يحتل السماع منه، لذا سمي خفيًا، أما الثلاثة، ففيها سقط راوٍ أو أكثر، ويعزى الراوى إلى ما فوق المحذوف.

واعلم أن المرسل لا تقوم به حجة إلا مرسل الصحابي، أما غير مرسل الصحابي، فصعيف لا تقوم به حجة، وهو مذهب المحدثين وكثير من الفقهاء والأصوليين.

أمدى فى صلاته، فلينصرف وليتوضأ، ولين على صلاته ما لم يتكلم،^(١).

ولأنه لو انخل إزاره عن عورته فرده على القرب، أو وقعت عليه نجاسة ياسة فنفضها لم تبطل صلاته قولاً واحداً، ولو كان ذلك قصداً لبطل مع قصر الزمان.

وعلى هذا القول إذا طرأ ناقض بغير قصده ولا تقصيره، فله التدارك، بخلاف ما لو انقضت مدة المسح فى أثناء الصلاة؛ لأنه مقصر بابتداء الصلاة فى آخر مدة المسح، ولو تخرق خفه فوجهان؛ لأنه قد ينسب إلى تقصير لذهوله عن ضعف الخف^(٢).

والتميم إذا رأى الماء فى أثناء صلاته لم تبطل صلاته؛ لأن الصلاة مانعة من الاستعمال، فانتفت القدرة.

ثم من سبقه الحديث يطلب الماء ويتوضأ، ولا يتكلم ولا يحدث عمداً، وبعد وضوئه لا يعود إلى مكانه الأول، فإنه فعل مستغن عنه، بل يننى على مكانه خلافاً لأبى حنيفة.

ولو سبقه الحدث فى الركوع قبل الطمأنينة، فليعد إليه، وإن كان بعدها فلا؛ لأن سبق الحدث لا يبطل ما مضى، ولو طير الريح الثوب واقتفر فى الإعادة إلى فعل كثير خرج ذلك على قولى سبق الحدث.

الشرط الثانى: طهارة الخبث

والنظر فى أطراف:

الأول: فيما عفى عنه من النجاسات، وهى أربعة:

الأولى: الأثر على محل النجس^(٣) بعد الاستجمار على الشرط المعلوم، فلو حمل المصلى

(١) الحديث رواه إسماعيل بن عياش، عن ابن جريج، عن ابن أبى مليكة، عن عائشة، رضى الله عنها. قال الشوكانى: الحديث أصله غير واحد بأنه من رواية إسماعيل بن عياش، عن ابن جريج، وهو حجازى، ورواية إسماعيل عن الحجازيين ضعيفة، وقد خالاه الحافظ من أصحاب ابن جريج، فرووه مرسلًا كما قال المصنف، وصحح هذه الطريقة المرسلة الذهلى والدارقطنى فى العلل، وأبو حاتم، وقال: رواية إسماعيل خطأ.

وقال ابن معين: حديث ضعيف. وقال أحمد: الصواب: عن ابن جريج، عن أبيه، عن النبى. ورواه الدارقطنى من حديث إسماعيل بن عياش أيضاً، عن عطاء بن عجلان، وعباد بن كثير، عن ابن أبى مليكة، عن عائشة. وقال بعده: عطاء وعباد ضعيفان. انظر: بيل الأوطار (١٨٨/١).

(٢) انظر تحقيق ذلك فى باب المسح على الخفين.

(٣) النجس ما يخرج من البطن من ريح وغازط. انظر: المعجم الوسيط (٩٠٥/٢).

إنساناً قد استحجر، ففيه وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأنه معفو عنه. والأصح المنع؛ لأنه معفو على محل نجو المصلي للحاجة، ولا حاجة إلى الحمل، ولو حمل طيراً لم تبطل صلاته؛ لأن ما في البطن ليس له حكم النجاسة قبل الخروج، وما على منفذه لا مبالاة به، ومنهم من قطع بالبطلان؛ لأن منفذ نجاسته لا يخلو عن النجاسة، وفي إلحاق البيضة المذرة^(١) بالحيوان تردد، فإن النجاسة فيها أيضاً مستترة خلقة، فلا تفارقه إلا في الحياة، وبطرد^(٢) ذلك فيمن حمل عنقوداً استحال باطن حباته حمراً. وكذا في كل استتار خلقي. ولا يجزى في القارورة المصممة الرأس خلافاً لابن أبي هريرة.

الثانية: طين الشوارع المستيقن نجاسته يعفى عنه بقدر ما يتعذر الاحتراز عنه، فإن انتهى إلى حد ينسب صاحبه إلى سقطة أو نكبة من دابة لم يعف عنه، وكذا ما على أسفل الخف من نجاسة لا يخلو الطريق عن مثلها في حق من يصلي مع الخف.

الثالثة: دم البراغيث معفو عنه إلا إذا كثر كثرة يندر وقوعه، وربما يختلف ذلك باختلاف الأوقات والأماكن، فإن الحاجة تختلف به والاجتهاد فيه إلى رأى المكلف^(٣)، فإن رآه مجاوزاً لحد الحاجة فليغسل، وإن رآه على حد الحاجة فليصل معه، وإن تردد احتمل أن يقال: الأصل العفو إلا فيما علم كثرته، أو يقال: الأصل المنع إلا فيما تحققت الحاجة إليه. وطريق الاحتياط لا يخفى، والميل إلى الرخصة أليق هاهنا بالفقه.

الرابعة: دم البثرات^(٤) وما ينفصل منها من قيح وصيد يعفى عنها للحاجة، نقل عن ابن عمر أنه ذلك بثرة على وجهه، فخرج منها الدم وصلى ولم يغسل^(٥).

(١) مَذْرَتِ الْبَيْضَةِ مَذْرَأً: فسدت، فهي مَذْرَةٌ وَمَعْدَتُهُ: خبثت وفسدت. انظر: المعجم الوسيط (٨٥٩/٢).

(٢) الطرد: قال في المحصول: والمراد منه الوصف الذي لم يكن مناسباً ولا مستلزماً للمناسيب، إذا كان الحكم حاصلًا مع الوصف في جميع الصور المغايرة لمحل النزاع. انظر: إرشاد الفحول (ص ٢٢٠).

(٣) المكلف، بفتح اللام وتشديدها، وهو الشخص الذي تعلق خطاب الشارع بفعله، وهو المحكوم عليه. انظر كتابنا المداخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية، مدخل المحكوم عليه.

(٤) الصحيح أنها بثر، واحدته بئاء، وليست بثرات، وهي خُرَاج صغار. انظر: المعجم الوسيط (٣٨/١).

(٥) قال الشوكاني: روى عن ابن عمر عند الشافعي وابن أبي شيبة والبيهقي، وعلقه البخاري، وعنه أيضاً أنه كان إذا احتجم غسل أثر المحاجم. ذكره في التلخيص ابن حجر. انظر: نيل =

وإن أصابه من بدن غيره، فوجهان: أحدهما: المنع؛ لإمكان الاحتراز.

وأما لطخات الدماميل والقروح والفصد، فما يدوم منها غالباً يلحق بدم الاستحاضة، وما لا يدوم يلحق بدم الأجنبي؛ لأن وقوعها نادر. ومال صاحب التفرير إلى إحاقها بدم البثرات، وهو متجه.

النظر الثاني: فيما يظهر عن النجاسة:

وهو ثلاثة: الثوب، والبدن، والمكان.

أما الثوب: فقد ذكرنا كيفية غسله، فإن تيقن نجاسة أحد الثوبين اجتهد^(١). وقال المزني: يصلى في الثوبين صلاتين. وقال في الإنائين: إنه يتمم ولا يجتهد.

فروع ثلاثة: الأول: لو أصاب أحد كُمَيْهِ نجاسة وأشكل، فأدى اجتهاده إلى أحدهما فغسله، ففي صحة صلاته فيه وجهان.

ووجه المنع أنه استيقن نجاسة الثوب ولم يستيقن طهارته^(٢). وكذا الخلاف لو وقع ذلك في ثوبين ولكن صلى فيهما جميعاً.

الثاني: لو غسل أحد الثوبين وصلى في الآخر من غير اجتهاد، ففي صحة صلاته وجهان، ولو أشكل محل النجاسة فغسل نصفه، ثم غسل النصف الثاني. قال صاحب التدخيص: لم يطهر؛ لاحتمال أن تكون النجاسة على وسط الثوب، فإذا غسل النصف الثاني، فينعكس أثر النجاسة على النصف الأول؛ لاتصاله به.

الثالث: إذا ألقى طرف عمامته على نجاسة بطلت صلاته، سواء كان ذلك الطرف يتحرك بحركته أو لا يتحرك.

ولو قبض على جبل أو طرف عمامة، فإن كان يتحرك الملاقى للنجاسة بحركته بطلت صلاته، وإلا فوجهان؛ لأنه لا ينسب إليه لبساً بخلاف العمامة، ولو شد على وسطه كان كما لو قبض على طرفه، ولو كان تحت رجله فلا بأس؛ لأنه ليس حاملاً ولا متصلاً، ولو كان طرف الحبل على عنق كلب، فهو كما إذا كان على نجاسة إن بعد منه، وإن

=الأرطار (١/١٨٩)، البخاري (١/٣٣٦)، والبيهقي (١/١٤١)، فتح الباري (١/٣٣٨)، المغني لابن قدامة (٢/٤٨٢).

(١) أى تيقن في أحدهما نجاسة، ولكن أشكل عليه تعيينه.

(٢) أى لم يستيقن طهارته بعد الغسل إذ أن طهارته بعد الغسل مظنونة، والظن لا يرفع اليقين ولا يهض عليه، واليقين نجاسة أحدهما.

كان قريباً بحيث لو لم يتعلق بالكلب لكان هو حامله، فوجهان مرتبان، وأولى بالمنع، ولو كان متعلقاً بساجور^(١) فى عنق الكلب، فأولى بالجواز. ولو كان فى عنق حمار وعلى الحمار نجاسة فوجهان، ويظهر هاهنا وجه الجواز.

المحل الثانى الذى يجب تطهيره عن النجاسة: البدن:

وقد ذكرنا كيفية غسله، وتعلق به مسألتان:

الأولى: إذا وصل عظمًا نجسًا فى محل كسر وجب نزعه، فإن كان يخاف الهلاك فالمنصوص أنه يجب نزعه؛ لأننا نسفك الدم فى مقابلة ترك صلاة واحدة، وهذا يبطل الصلاة عمره، وفيه قول مخرج أنه لا يجب؛ لأن النجاسة تحتل بالأعذار، وخوف الهلاك عظيم، ثم إنما ينقذ النص إذا كان متعدياً فى الابتداء بأن وجد عظمًا ظاهرًا، وإذا لم يستتر العظم باللحم، فإن استتر بعد إيجاب النزع، ثم قال الشافعى، رضى الله عنه: إذا مات قبل النزع، فقد صار ميتًا كله، أى لا ينزع، وهو إشارة إلى نجاسة الآدمى بالموت، وقيل: بوجوب النزع؛ لأننا نعبئنا بغسله فهو كالخى.

أما من شرب الخمر وغسل فاه صحت صلاته؛ لأن ما فى الجوف لا حكم له.

المسألة الثانية: فى وصل الشعر:

وقد قال ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة»^(٢).

الوشر: تحديد أطراف السن. والوشم: نقرُ الأطراف بالحديد وتسويدها.

وأما الوصل: فإن كان الشعر نجسًا، فهو حرام، وإن كان شعر آدمى.

فإن كان شعر امرأة أجنبية فيحرم؛ لأن زوجها ينظر إليها، وإن كان شعر رجل حرم عليها النظر فيه، على قولنا بتحريم النظر إلى العضو المبان، وإن كان شعر بهيمة، فإن لم تكن ذات زوج فهى متعرضة للثمة، فيحرم عليها، وإن كانت ذات زوج يحرم

(١) الساجور: القلادة التى توضع فى عنق الكلب. انظر: المعجم الوسيط (١/٤١٧).

(٢) أخرجه البخارى (٧/٢١٢، ٢١٣)، ومسلم (الباس باب ٣٣ رقم ١١٥)، والترمذى (١٧٥٩، ٢٧٨٣)، والنسائى (٨/١٤٦، ١٨٨)، وابن ماجه (١٩٨٨)، وأحمد (٢/٣٣٩، ١١١/٦، ٣٤٦، ٣٥٣)، والبيهقى (٢/٤٢٦، ٧/٢٠٨)، والمتقى الهندى فى كنز العمال (٤٥١١٠، ٤٦٠٢٠)، والدر المنثور (٢/٢٢٤)، وفقه البارى (١٠/٣٨٤)، ومشكاة المصابيح (٤٤٣٠).

للخداع، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبى زوره»^(١)، وإن كان بإذن الزوج، فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لعموم الحديث، ولأن ذلك تصرف فى الخلقة بالتغيير. والثانى: الجواز وهو القياس، إذ لا معنى للتحريم إلا بسبب التزوير.

ولا خلاف فى جواز تجديد الشعر وتصفيف الطرة، وفى إلحاق تحمير الوجنة بوصل الشعر تردد للصيدلانى.

المحل الثالث: المكان:

فينبغي أن يكون ما يماس بدنه طاهرًا وهو موقع الأعضاء السبعة فى السجود، وكذا ما يماس ثوبه.

ولو كان على طرف البساط نجاسة، فلا بأس، ولو كان ما يحاذى صدره فى السجود نجسًا وكان لا يماسه فوجهان. ووجه المنع أنه كالمسبب إليه، ولو بسط إزارًا سخيلاً على موضع نجس إن كانت النافذة بحيث لا تمنع الملاقة لم تصح الصلاة. وفى مثله فى الفرش على الحرير تردد، فإن النظر فيه إلى غالب ما يلاقى، وذلك يحل العتايى الذى قطنه غالب^(٢).

ومما يصلح بمكان الصلاة نهى الرسول ﷺ عن الصلاة فى سبعة أماكن: «المزبلة، والمحزرة، وقارة الطريق، وبطن الوادى، والحمام، وظهر الكعبة، وأعطان الإبل»^(٣).

(١) أخرجه البخارى (٤٥/٧)، ومسلم (اللباس ١٢٦، ١٢٧)، وأبو داود (٤٩٩٧)، وأحمد (١٦٧/٦، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٥٣)، والبيهقى (٣٠٧/٧)، والطبرانى فى الصغير (١٠٦/٢)، ومجمع الزوائد (٩٨/٨)، وكنتز العمال (٢٠٤٥٢)، ومشكاة المصابيح (٣٢٤٧)، وإتحاف السادة المتقين (٣٣٢/٢، ٥٢٦/٧)، فتح البارى (٣١٧/٩).

(٢) أى فإن النظر فى عدم صحة الصلاة على الحرير إلى غالب ما يلتقى منه بالأعضاء، وأغلب ما يلحقه العتاب أى اللوم، وحسن المراجعة هو أسفل الظهر من الإنسان، وهو معنى قول المصنف، الذى قطه غالب. انظر: المعجم الوسيط (٥٨١/١، ٧٤٨/٢)، والله أعلم.

(٣) الحديث أخرجه الترمذى (٢٤٦)، وفى إسناده زيد بن جبير، وهو ضعيف كما قال الترمذى، وذكره الذهبى فى المغنى فى الضعفاء (رقم ٢٢٦٤) عن أبيه وأبى طوالة، متروك الحديث من أهل المدينة. قال البخارى وابن معين وزيد بن جبير: متروك، وقال أبو حاتم: لا يكتب حديثه. وقال النسائى: ليس بثقة. وقال ابن عدى: عامة ما يرويه لا يتابع عليه. وقال الحافظ فى التلخيص: إنه ضعيف جداً.

وأخرجه ابن ماجه (٧٤٦)، وفى إسناده عبد الله بن صالح وعبد الله بن عمر العمرى وهما -

وفى مسلح الحمام تردد بناء على أن العلة خوف رشاش النجاسة أو أنه بيت الشيطان، فعلى العلة الأخيرة تكره.

وأما أعطان الإبل، فليس المراد بها المراضى التى يكثُر فيها البعر، فإن ذلك موجود فى مراضى الغنم مع النجاسة ولا كراهة. ولكن الإبل تزدهم على المنهل ذوداً، حتى إذا شربت فلا استيقظت يؤمن نفارها وتفرقها فى ذلك الموضع، قال ﷺ فى الإبل: «إنها جندٌ خلقت من جنٍّ، أما ترى إذا نفرت كيف تشمخ بأنفها»^(١).

خاتمة: من استصحب النجاسة عمداً بطلت صلاته، فإن كان جاهلاً، ففى وجوب القضاء قولان.

ولو علم النجاسة، ثم نسيها فقولان مرتبان، وأولى بالإعادة.

منشأ القولين: أن الطهارة عنها من قبيل الشرائط، فلا يكون الجهل فى تركها عذراً أو استصحابها من قبيل المناهى، فلا يعد الناسى مخالفاً.

والقول الجديد: أنه من الشروط. ومعتمد القديم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام خلع نعله فى أثناء الصلاة، فخلع الناس نعالهم، فقال بعد الفراغ: «أخبرنى جبريل أن على نعلك نجاسة»^(٢).

الشرط الثالث: ستر العورة

وهو واجب فى غير الصلاة^(٣)، وفى وجوبه فى الخلوة تستر عن أعين الملائكة والجن

=ضعيفان. قال ابن أبي حاتم فى العلل: هما جميعاً يعنى الحديثين وإيهان. وأخرجه العقيسى فى الضعفاء (٧١/٢)، ونيل الأوطار (١٣٨/٢).

(١) الحديث بالفاظ منها ما أورده المصنف ومنها ما فيه: «فإنها خلقت من اجس، ألا ترون إلى عيونها وهيئتها إذا نفرت». وقال: هذا حديث ابن مغفل عن أحمد بإسناد صحيح. انظر: نيل الأوطار السطر الثالث فى أسفل (١٣٧/٢)، وأحمد (٨٦/٤)، والبيهقى (٤٤٩/٢)، وابن أبى شيبة (٣٨٤/١)، وابن ماجه (٧٦٨، ٧٦٩)، وجميع الزوائد (٢٦/٢)، والتمهيد لأن عبد البر (٣٠٣/٥)، وكنز العمال (١٩١٧٤، ١٩١٨٤، ١٩١٨٥)، وإرواء الغليل للألبانى (١٩٤، ١).
(٢) الحديث أخرجه المتقى الهندى فى كنز العمال (٢٠/٢٥)، وأبو داود (١٧٢/١)، وأحمد (٢٠/٣)، والبيهقى (٤٠٢/٢، ٤٣١)، والدارقطنى (٣٩٩/١).

(٣) وفيه حديث بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده، قال: قلت: يا رسول الله، عوراتنا ما نأبى منها وما ندر؟ قال: «أحفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت بمنك»، قلت: فإذا كان القوم بعضهم فى بعض، قال: «إن استطعت أن لا يراها أحد فلا يرينها»، قلت: فإذا كان أحدنا حائياً، قال: «والله تبارك وتعالى أحق أن يستحيا منه». أخرجه أبو داود (٤٠١٧)، واسترمدى=

تردد، ولكن في غير وقت الحاجة. وأما المصلى في خلوة فيلزمه التستر.

والنظر في العورة والساتر:

وأما العورة من الرجل: فما بين السرة والركبة، ولا تدخل السرة والركبة فيه على الصحيح^(١).

وأما الخرة^(٢): فجميع بدنها عورة في حق الصلاة^(٣)، إلا الوجه واليدين إلى

(٢٧٩٤)، وابن ماجه (١٩٢٠)، وأحمد (٤٠٣/٥)، والبيهقي (١٩٩/١، ٢٢٥/٢، ٩٤/٧)، والحاكم (١٨٠/٤) وحسنه، ونصب الراية (٢٤٥/٤)، وكشف الخفا (٥٩/١)، وإرواء الغليل (١٢/٦)، وفتح الباري (٨٦/١)، ونيل الأوطار (٦١/٢). قال الشوكاني: علقه البخاري وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم.

ومما يدل على عدم جواز التعري مطلقاً حديث ابن عمر مرفوعاً بلفظ: «إياكم والتعري، فإن معكم من لا يفارقكم إلا عند الغائط وحين يفضي الرجل إلى أهله فاستحيوهم وأكرمهم». أخرجه الترمذي (٢٨٠٠)، ومشكاة المصابيح (٣١١٥)، وجمع الجوامع للسيوطي (٧٢٩٣)، والبقوي في شرح السنة (٢٥/٩)، وإرواء الغليل للألباني (١٠٢/١).

(١) ويدل على أن السرة والركبة ليستا بعورة حديث أبي موسى أن النبي ﷺ كان قاعداً في مكان فيه ماء، فكشف عن ركبتيه أو ركبته، فلما دخل عثمان غطاهما. ذكره البخاري في صحيحه معلقاً (ح ٣٦٩٥)، وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الفخذ عورة». أخرجه أحمد (٢٧٥/١)، والترمذي (١١١/٥)، والبيهقي (٢٢٨/٢)، وعن محمد بن عبد الله بن جحش، عن مولاة عمه أنه قال: كنت مع رسول الله ﷺ، فمر على معمر وهو جالس عند داره بالسوق، وفخذه مكشوفتان، فقال النبي ﷺ: «يا معمر، غط فخذيك، فإن الفخذ عورة». أخرجه البيهقي (٢٢٨/٢)، وقال: صحيح، وأحمد (٢٩٠/٥)، والحاكم (١٨٠/٤)، وأخرج البخاري عن أنس أنه ﷺ كان يكشف فخذه (٤٧٩/١)، وأحمد (١٠٢/٢)، ويحتمل أن يكون ذلك خاصاً به ﷺ؛ لأن الفعل لا ينهض على القول، فتكون الأحاديث القولية بالنهاي في حق الأمة، والفعلية في حقه ﷺ.

(٢) وفيه حديث رواه ابن خزيمة (٧٧٥) في صحيحه بلفظ: «لا يقبل الله صلاة امرأة قد حاضت إلا بحمار»، ورواه بلفظ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بحمار». أبو داود (٦٤١)، وابن ماجه (٦٥٥)، وابن أبي شيبة (٢٣٠/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٣٦٨/٦)، ونصب الراية للزيلعي (٢٩٥/١)، وكنز العمال (١٩١١٤)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٧٩/١)، والألباني في إرواء الغليل (٢١٤/١، ٢٩٥، ٣٠٣).

(٣) قوله: في حق الصلاة. احترازاً عن العورة في غير الصلاة، فإن العورة في غير الصلاة تشمل الوجه واليدين، وسيأتي ذلك في موضعه إن شاء الله.

الكوعين: الظهر والكف. وظهر القدم عورة، وفي إحصائها^(١) وجهان.

أما الأمة: فما يبدو منها في حالة المهنة، كالرأس والرقبة وأطراف الساق والساعد، فليس بعورة، وما هو عورة من الرجل عورة منها^(٢)، وفيما بين ذلك فوجهان.

أما الساتر، فهو كل ما يحول بين الناظر ولون البشرة، فلا يكفي الثوب السخيف^(٣) الحاكى للون البشرة، ولا الماء الصافى والزجاج.

ويكفى الماء يكدر والطين. ولو لم يجد ثوباً، فهل يكلف التطيين؟ فعلى وجهين.

فروع أربعة:

الأول: إذا كان القميص متسع الذيل ولا سراويل صحت الصلاة، فإنما يجب التستر من الفوق ومن الجوانب، ولو لم يكن مزروراً، بحيث لو ركع انكشفت عورته لم تصح صلاته، فإن كان كثافة لحيته تمنع من الرؤية فوجهان.

ووجه المنع أن الساتر ينبغي أن يكون غير المستتر، ويجرى الخلاف فيما لو وضع اليد على ثقبه في إزاره^(٤).

(١) الأخصص: باطن القدم الذى يتحافى عن الأرض. انظر: المعجم الوسيط (٢٥٦/١) مادة (حَمَص).

(٢) سوى أهل الظاهر بين الحرة والأمة في العورة؛ لعموم ذكر لفظ: الحائض، الذى فى الحديث السابق، وفرق الشافعى وأبو حنيفة والجمهور بين عورة الحرة والأمة وجعلوها كما قال المصنف ما بين السرة والركبة كالرجل، واستدلوا بأحاديث، منها: «إذا زوج أحدكم عبده أمته، فلا ينظر إلى عورتها»، وحملوا معنى العورة على ما فى الحديث السابق. رواه أبو داود (٤١١٣)، والبيهقى (٢٢٦/٣، ٢٢٩، ٩٤/٧)، والدارقطنى (٢٣٠/١)، ومشكاة المصابيح (٣١١)، وإرواء الغليل (٢٠٧/٦)، ونيل الأوطار (٦٧/٢).

(٣) سَخَفَ الشيء سَخْفاً وسَخْفَةً، وسَخَافَةً: رَقَّ وضعف. يقال: سَخَفَ الثوب: رَقَّ سَخْجَه. انظر: المعجم الوسيط (٤٢١/١).

(٤) ويدل على جواز الصلاة فى قميص واحد منفرداً عن غيره مقيداً بعقد الزرار، ما رواه سلمة بن الأكوع، قال: قلت: يا رسول الله، إني أكون فى الصيد وأصلى وليس علىّ إلا قميص واحد، قال: «فرره وإن لم تجد إلا شوكة». رواه أحمد (٤٩/٤)، والنسائى (القبلة ب ١٥)، والبيهقى (٢٤٠/٢)، وتغليق التعليق لابن حجر (١٥٤، ١٥٥، ١٩٦)، وابن عبد البر فى التمهيد (٣٧٥/٦)، وابن أبى شيبة (٣٤٦/١)، والطبرانى (٣٢/٧).

وعن جابر أن النبى ﷺ صلى فى ثوب واحد متوشحاً به. رواه مسلم، عن جابر كتاب الصلاة (ح ٥١٩/٢٨٤)، وعن عمر بن أبى سلمة بلفظ: قد خالف بين طرفيه. (ح ٥١٧/٢٧٩)، =

الثاني: إذا بدا من عورته قدر يسير بطلت صلاته. وقال أبو حنيفة: لا تطل ما لم يظهر من العورة الكبرى مثل درهم ومن الصغرى الربع.

فلو وجد خرقه لا تفى إلا بإحدى السواتين قيل: يستر القبل، فإن السوأة الأخرى مسترة بانضمام الأليتين.

وقيل: يستر الدبر؛ لأنه أفحش في السجود والأولى التخيير. ولا ينبغي أن يترك السوأة ويستر الفخذ، فإن الفخذ تابع في حكم العورة كالحریم له.

الثالث: في عقد جماعة العرة قولان:

أحدهما: أنها سنة ثم يفضون البصر ويقف الإمام وسط الصف كإمام النساء. والثاني: أن تركها أولى احتياطاً للعورة.

الرابع: لو عتقت الأمة في أثناء الصلاة وكان الخمار بالقرب تسترت واستمرت، وإن كان بعيداً فعلى قول سبق الحدث، فإن فرعنا على القديم، فمكثت حتى أتى بالخمار في مثل تلك المدة التي كانت تمشي إليه، فيحتمل أن يقال: هذا أولى لترك الأفعال، ويحتمل أن يقال: التشاغل بالتدراك أولى من التعطيل.

الشرط الرابع: ترك الكلام^(١):

=وعنه بلفظ: مشتملاً به. (ح ٥١٧/٢٧٨)، ورواه صاحب مجمع الزوائد (٤٨/٢)، وأبو داود (٦٢٨)، وأخرجه البخاري من حديث أم هانئ معلقاً كتاب الصلاة (ب ٤)، وعن عمر بن أبي سلمة (ح ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦).

وروى عن أبي هريرة قال: نادى رجل النبي ﷺ، فقال: أيصلي أحدنا في الثوب واحد؟ فقال: «أوكلكم يجد ثوبين». أخرجه مسلم واللفظ له (ح ٥١٥/٢٧٦)، والبخاري (ح ٣٥٨).

(١) روى في ذلك عن ابن مسعود، قال: كنا نسلم على النبي ﷺ وهو في الصلاة فبرد علينا، فلمّا رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه، فلم يرد علينا، فقلنا: يا رسول الله، كنا نسلم عليك في الصلاة فترد علينا؟ فقال: «إن في الصلاة لشغلاً». أخرجه أحمد (٣٧٦/١)، وابن خزيمة (٨٥٥)، وتلخيص الحبير (٢٨٠)، والطبراني (١٣٦/١٠ - ١٣٨)، ولفظ: «إن في الصلاة شغلاً»، البخاري (ح ١١٩٩، ١٢١٦، ٣٨٧٥)، ومسلم (المساجد ٣٤)، وأبو داود (٩٢٣)، وأحمد (٤٠٩/١)، والبيهقي (٢٤٨/٢)، وعن معاوية بن الحكم السلمي بلفظ: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس». أخرجه مسلم (٣٨١)، والنسائي (٢٥٩/١)، وأحمد (٤٤٧/٥، ٤٤٨)، والبيهقي (٣٦٠/٢)، وابن أبي شيبة (٤٣٢/٢)، والدر المنثور (٣٠٧/١)، =

فكلام العائد مبطل للصلاة وإن قلَّ، فإن كان مفهوماً فالحرف الواحد مبطل لقوله: «ق» و«ع» من «وقى» و«وعى». وإن كان غير مفهم، فلا يبطل إلا بتوازي حرفين. ولا تبطل بصوت غفل من غير حرف، وهل تبطل بحرف واحد بعدها مدة؟ فيه تردد.

وفى التنحيع^(١) ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يبطل صلاته إلا إذا كان مغلوباً، أو امتنعت القراءة عليه فتتحنج، وعلى هذا إن تنحج لأجل امتناع الجهر فوجهان.

الثاني: نقله ابن أبي هريرة عن الشافعي، رضى الله عنه، أن التنحج لا يصل أصلاً؛ لأنه ليس من جنس الكلام.

الثالث: قال القفال: لو كان مطبقاً شفتيه لا يبطل؛ لأنه لا يكون على هيئة الحروف، وإن كان فاتحاً فاه بطل، والأول هو الأصح، هذا في غير المعذور.

أما أعذار الكلام فخمسة:

الأول: أن يتكلم لمصلحة الصلاة، فتبطل صلاته خلافاً لما لك، ويدل عليه أمر التنبيه على سهو الإمام بالتسييح والتصفيق^(٢)، مع أن تنبيهه من مصلحة الصلاة.

ـ وكثر العمال (١٩٩١٥)، ومشكاة المصابيح (٩٧٨)، وإرواء الغليل (١١٢/٢)، والطبراني (٤٠٣/١٩)، وله بلفظ: «لا يحل» بدل: «لا يصلح» (٤٠٢/١٩)، وبهذا اللفظ لأبى داود (٩٣٠)، وشرح السنة للبخارى (٢٣٨/٣).

وفى رواية لابن مسعود بلفظ: «فسأله فقال: وإن الله يحدث من أمره ما يشاء وإنه قد أحدث من أمره أن لا تتكلم فى الصلاة». أخرجه البخارى (١٨٧/٩)، والنسائى (١٩/٣)، وأبو داود (٩٢٤)، والبخارى فى تاريخه (٣٤٢/٣)، وابن عبد البر فى التمهيد (٣٥٤/١)، والشافعى فى المسند (١٨٣)، والساعاتى فى بدائع المنن (٢٨٢)، وكثر العمال (٩٩١٤).

(١) وفيه حديث عن على قال: كان لى من رسول الله ﷺ مدخلان بالليل والنهار، وكنت إذا دخلت عليه وهو يصلى تنحج لى. أخرجه النسائى (١٢/٣). قال الشوكانى: الحديث صحيحه ابن السكن. وقال البيهقى: هذا يختلف فى إسناده ومتنه، قيل: «سبح»، وقيل: «تنحج»، ومداره على عبد الله بن نجى. قال الحافظ: واختلف عليه فيه، فقيل: عن على، وقيل: عن أبيه، عن على.

قال البخارى: فيه نظر، وضعفه غيره، وثقه النسائى وابن حبان. وقال يحيى بن معين: لم يسمعه عبد الله من على، بينه وبين على أبوه. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (٣٢٣/٢).

(٢) وهو حديث سهل بن سعد عن النبى ﷺ: «من نابه شىء فى صلاته فليسهج، فإنما التصفيق للنساء». أخرجه مسلم (الصلاة ١٠٣)، وأبو داود (استفتاح الصلاة ب ٥٨)، وأحمد

الثاني: النسيان، وهو عذر فى قليل الكلام؛ لحديث ذى الـيدين^(١)، خلافاً لأبى

= (٣٣٠/٥)، والبيهقى (٢٤٦/٢، ٣٤٨، ١٢٢/٣)، وبدائع المنن (٢٩٤)، ومسنند الشافعى (٥٥)، والزيلعى فى نصب الراية (٧٦/٢)، وإرواء الغليل (٢٥٨/٢)، ورواه بلفظ قريب منه البخارى (١٧٥/١، ٨٤/٢، ٨٩، ١٣٩/٣)، والنسائى (الإمامة ب ٧، أدب القضاء ب ٢٣)، والطبرانى (٣٠٧/٦).

وروى عن على بن أبى طالب، وأبى هريرة، رضى الله عنهما، وهو مذهب مالك، كما قال المصنف فى المشهور عنه، ومذهب أبى حنيفة، فساد صلاة من يفعل ذلك، والأحاديث الصحيحة تردده، ومذهب المصنف البطلان، وهو مردود أيضاً، وذهب جماعة من أصحاب الشافعية، إلى أنه سنة منهم الخطائى وتقى الدين السبكي والرافعى وحكاه عن أصحاب الشافعى.

وعن ابن عمر أن النبى ﷺ صلى صلاة، فقرأ فيها فلبس عليه، فلما انصرف، قال لأبى: وأصليت معنا؟ قال: نعم، قال: «فما منعك؟»، وفى لفظ: فالتبس عليه، فلما فرغ قال لأبى: «أشهدت معنا؟»، قال: نعم، قال: «فما منعك أن تفتحها على». رواه أبو داود (الاستفتاح الصلاة ب ٤٨)، والطبرانى (٢٧٣/٣).

وعن مسور بن يزيد المالكي مرفوعاً بلفظ: «فهلأ ذكرتنيها». أخرجه أحمد (٧٤/٤)، والمتقى الهندى فى كنز العمال (٢٢٩٠٠)، واحتج من قال بالبطلان وبالكراهة، بما روى عن ابن إسحاق السبيعي، عن الحارث الأعور، عن على قال: قال رسول الله ﷺ: «يا على، لا تفتح على الإمام فى الصلاة». أخرجه أبو داود (٩٠٨)، وقال: أبو إسحاق السبيعي لم يسمع من الحارث إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها. قال المنذرى: والحارث الأعور قال غير واحد من الأئمة: إنه كذاب.

قال الشوكاني: وقد روى حديث الحارث عن على مرفوعاً عبد الرزاق فى مصنفه بلفظ: «لا تفتحن على الإمام وأنت فى الصلاة»، وهذا الحديث لا ينتهض لمعارضة الأحاديث القاضية بمشروعية الفتح. وتقيد الفتح بأن يكون على إمام لم يؤد الواجب من القراءة وبآخر ركعة مما لا دليل عليه، وكذا تقييده بأن يكون فى القراءة الجهرية. والأدلة قد دلت على مشروعية الفتح مطلقاً، فعند نسيان الإمام الآية فى القراءة الجهرية يكون الفتح عليه بتذكيره تلك الآية، كما فى الحديث، وعند نسيانه لغيرها من الأركان يكون الفتح بالتسبيح للرجال والتصفيق لساء. انظر: نيل الأوطار (٣٢٨/٢، ٣٢٩).

(١) الحديث رواه أبو هريرة، قال: صلى بنا النبى ﷺ الظهر، أو العصر، فسلم، فقال ذو الـيدين: الصلاة يا رسول الله، أنقصت؟ فقال النبى ﷺ لأصحابه: «أحق ما يقول؟»، قالوا: نعم، فصلى ركعتين أخريين، ثم سجد سجدتين. قال سعد: ورأيت عروة بن الزبير صلى من المغرب ركعتين، فسلم وتكلم، ثم صلى ما بقى وسجد سجدتين، وقال: هكذا فعل النبى ﷺ. هذا لفظ البخارى فى صحيحه (ح ١٢٢٧)، وفى رواية له بلفظ: «أصدق ذو الـيدين» (ح ١٢٢٨)، وفى رواية: «وفيهما أبو بكر وعمر فهابا أن يكلماه». أخرجه أحمد (٤٢٣/٢)، والبيهقى (٢٥٠/٢، ٣٥٧)، وفى لفظ: «ما يقول ذو الـيدين»، لمسلم (المساجد ٩٧)، والنسائى (٢٤/٣)، وأحمد=

حنيفة. وفي كثيره وجهان، وتعليل وجه البطلان لمعتين:

أحدهما: انحراف نظم الصلاة. والثاني: وقوع ذلك نادراً. وعلى الأخير يبطل الصوم بالأكل الكثير. الثالث: الجهل بتحريم الكلام عذر في حق قريب العهد بالإسلام؛ لأحاديث وردت فيه، وليس عذراً في حق غيره^(١).

= (٢/٢٧١)، والبيهقي (٢/٣٥٤، ٣٥٨، ٣٦٧)، والطبراني (٤/٣٧٦)، وعبد الرزاق (٣٤٤١، ٣٤٤٧)، وابن أبي شيبة (٢/٣٨)، وتلخيص الحبير (٢/٣).

(١) العذر بالجهل أصل من أصول أهل السنة والجماعة بيد أنه يحتاج إلى تفصيل ليس هنا موضعه، وحلاصة هذه المسألة هو أن تختار شرطاً من شروط المحكوم فيه لتكلم عنه، وهو أن يكون الفعل المكلف به معلوماً للمكلف علماً تاماً، والمقصود من العلم هو التمكين ووصول المكلف إلى معرفة الفعل، فإن كان هذا العلم معرفة الإسلام جملة، نقول: لا يقبل في العالم اليوم بما فيه من علوم الاتصالات المرئية والمسموعة والسيارة العذر بالجهل بالإسلام، هذا في حق من لم يدخل الإسلام أصلاً، أما من دخل الإسلام، فلا عذر لمن جهل أصل التوحيد، والعذر في صورته، وتفصيل ذلك ليس هنا موضعه. انظر كتابنا المداخل الأصولية، مدخل المحكوم فيه.

أما الأحكام الشرعية الفرعية، فهي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص، بل واختلاف الناس في الفعل المحكوم فيه قطعي أم ظني، فلا يقال فيما اختلف فيه لا يقبل العذر بالجهل؛ لأن الفعل خرج عند فاعله عن كونه معلوماً من الدين بالضرورة؛ لعدم علمه بدلالته القطعية، فلا يكون منكراً كافراً لعدم العلم بذلك، ويختلف العلم بالأحكام الشرعية في مكان دون مكان، وفي زمان دون زمان، فقد يشيع في مكان أو في زمن ما حكماً شرعياً بين الخاصة والعامة، حتى يصير في ذلك الزمان والمكان معلوماً من الدين بالضرورة، ولا يشيع في زمان أو مكان آخر، فلا يقبل في الأول ويقبل في الثاني، وكذا الحال بالنسبة للأشخاص، فقد يكون حكماً معلوماً لدى شخص ومجهولاً لدى شخص آخر في زمان ومكان واحد ولحادثة واحدة، وذلك لحداثة الثاني بالإسلام أو لسبب آخر غير ذلك لم يمكنه من العلم بالحكم، فيقبل العذر من الثاني دون الأول، ولا يعلق مسمى الفعل بفاعله إلا بشروط وانتفاء موانع، فإن وجدت شروط وانتفت موانع، فلا عذر له، وإلا فهو معذور، ويأثم على تقصيره في طسب العلم الواجب، فإن كان للفعل حد سقط.

والأدلة على ذلك من الكتاب والسنة كثيرة مستفيضة، راجعها في كتابنا المداخل الأصولية. قال ﷺ: «لا أحد أحب إليه العذر من الله من أجل ذلك بعث النبيين مبشرين ومنذرين»، وفي لفظ: «من أجل ذلك أرسل رسله وأنزل كتبه». أخرجه البخاري (٦/٧٤، ١٥١/٩)، ومسلم (التوبة ب ٦ رقم ٣٣، ٣٤)، والترمذي (٣٥٣٠)، وأحمد (٣٨١، ٤٣٦)، والبيهقي (١٠/٢٢٥)، والدر المنثور (٢/٢٤٨).

وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾. قال ابن تيمية: لا يثبت الخطاب إلا بعد البلوغ. وقال: ولا يعاقب أحد حتى يبلغه ما جاء به، ولا يعذبه الله عني ما لم يبلغه، فإنه إذا لم يعذبه على ترك الإيمان إلا بعد بلوغ الحجة، فإنه لا يعذب عني بعض =

والجهل بكون الكلام مبطلاً مع العلم بالتحريم لا يكون عذراً.

والجهل بكون التنحج مبطلاً أو ما يجري مجراه فيه تردد، والأصح أنه عذر.

الرابع: لو التفت لسانه بكلمة بدرت منه، فهذا عذر، وأبو حنيفة يوافق ذلك؛ لأنه لا يزيد على سبق الحدث.

الخامس: لو أكره^(١) على الكلام في الصلاة، ففى بطلانها قولان، كما لو أكره على الأكل في الصوم.

فرعان: الأول: إذا قال، وقد استأذن جمع على بابه: ﴿ادخلوها بسلام آمنين﴾ [الحجر: ٤٦]، إن قصد القراءة لم تبطل صلاته، وإن قصد الخطاب المجرد بطل، وإن قصدهما جميعاً لم تبطل عندنا، خلافاً لأبي حنيفة.

الثاني: السكوت الطويل. ذكر القفال فيه وجهين: أصحهما: أنه لا يبطل؛ لأنه ليس يخرم نظم الصلاة. والثاني: أنه يبطل؛ لأنه يقطع الولاء بين أفعال الصلاة.

وعلى هذا لو كان ناسياً، فطريقان: أحدهما: أنه على الوجهين في الكلام الكثير. والثاني: أنه كالكلام القليل، وهو الأصح.

النظر الخامس: ترك الأفعال الكثيرة:

فلو مشى ثلاث خطوات بطلت صلاته، وكذا إذا ضرب ثلاث ضربات. وأما الفعل القليل، فإن كان من جنس الصلاة كركوع، أو قيام فهو مبطل، وإن لم يكن من جنسها فلا؛ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ أذن ابن عباس وأداره من يساره إلى يمينه^(٢).

= شرائعه إلا بعد البلوغ. أ.هـ. انظر كتابنا المداخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية، مدخل المحكوم فيه.

(١) وقد تقرر في الأصول شروط للإكراه، هي:

- ١ - قدرة المكروه على إيقاع ما هدد به، والمأمور عاجز عن الدفع، ولو بالفرار أو بإفساد الآلة والسلاح أو غير ذلك مما يعين المكروه على فعل ما أكره عليه.
- ٢ - أن يغلب على ظنه أنه إذا امتنع أوقع به ما هدد به.
- ٣ - أن يكون ما هدد به فورياً، أو مؤكداً في الزمن القريب.
- ٤ - أن يكون الإكراه بغير حق، فإن كان بحق، فلا يعتبر إكراهاً كإجبار المدين على بيع ماله وفاءً لدينه.

انظر المداخل الأصولية، مدخل المحكوم عليه.

(٢) حديث ابن عباس، قال: بت في بيت خالتي ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ، وكان النبي =

وأدرك أبو بكرة النبي ﷺ في الركوع فركع، ثم خطا خطوة واتصل بالصف، فقال عليه الصلاة والسلام: «زادك الله حرصاً ولا تعد»^(١).

وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا مر المار بين يدي أحدكم فليدفعه، فإن أبي فليدفعه، فإن أبي فليقاتله، فإنه شيطان»^(٢)، فدل على جواز الفعل القليل، وهذا الدفع ليس بواجب^(٣)، والمرور ليس محظور ولكنه مكروه، وإنما المبالغة لتأكيد الكراهة^(٤).

عندها في ليلتها، فصلى النبي ﷺ العشاء، ثم جاء إلى منزله، فصلى أربع ركعات، ثم نام، ثم قام، ثم قال: «نام الغليم؟» أو كلمة تشبهها، ثم قام، فقمت عن يساره فجعلني عن يمينه... الحديث. هذا لفظ البخاري (ح ١١٧)، ولمسلم مثله (ح ٧٦٣)، وأبو داود (٦١٠، ٦١١)، والترمذي (٤٥١/١، ٤٥٢)، والنسائي (٨٧/٢).

(١) حديث أبي بكرة أنه انتهى إلى النبي ﷺ وهو راكع فركع قبل أن يصل إلى الصف، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «زادك الله حرصاً ولا تعد». هذا لفظ البخاري (ح ٧٨٣)، وأخرجه أبو داود (٦٨٣)، والنسائي (١١٨/٢)، وأحمد (٣٩/٥، ٤٢، ٤٦، ٥٠)، والبيهقي (٩٠/٢، ١٠٦/٣)، والهيثمي في مجمع الزوائد (٧٦/٢)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٨٤/١)، وابن عبد البر في التمهيد (٢٦٨/١)، وابن حجر في فتح الباري (١١٩/٢)، وأثيريزي في مشكاة المصابيح (١١١٠)، والألباني في إرواء الغليل (٢٦٤/٢)، وفي السلسلة الصحيحة (٢٣٠)، والطبراني في الصغير (٩٥/٢)، وكنز العمال (٢٠١٨، ٢٠٧٠١، ٢٣٠٢٢، ٢٣٠٢٣).

(٢) الحديث عن ابن عمر، رضى الله عنهما، وفي رواية عن أبي سعيد الخدري، رضى الله عنه، ولفظ أبي سعيد، قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس، فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه، فإن أبي فليقاتله، فإنما هو شيطان». أخرجه البخاري (ح ٥٠٩)، ومسلم (الصلاة ٢٥٩)، وأبو داود (٧٠٠)، وأحمد (٦٣/٣)، والبيهقي (٢٦٧/٢، ٢٧٢)، وابن خزيمة (٨١٧)، وتلخيص الحبير (٢٨٦١١)، وفتح الباري (٥٨٢/١)، مشكاة المصابيح (٧٧٧)، كنز العمال (١٩٢١٢).

(٣) قال الشوكاني: قال النووي: لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجوب هذا الدفع، وتعقبه الحافظ بأنه قد صرح بوجوبه أهل الظاهر. أ.هـ. وظاهر الحديث معهم، أي الذي رواه ابن عمر وأبي سعيد السابق ذكره.

(٤) هذا هو مذهب الجمهور، وذهب بعضهم إلى التحريم لما في الأحاديث من دلالة على عظم الإثم، ولما فيها من الأمر بقتاله، وهو إنما يدل على التحريم لا الكراهة، وحديث أبي جهم يدل على ذلك، وهو مرفوع بلفظ: «لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه، لكان يقف أربعين خيراً له من أن يمر بين يديه». أخرجه مسلم (ح ٥٠٧/٢٦١)، والبخاري (ح ٥١٠)، ومائث (ح ٣٤) كتاب قصر الصلاة، وأبو داود (ح ٧٠١)، والترمذي (١٥٨/٢)، والنسائي (٦٦/٢)، وابن ماجه (٣٠٤/١)، وابن خزيمة (٨١٣)، وابن حبان (٢٣٦٠).

وليكن للمصلي حريم يمنع المار بأن يستقبل جداراً أو سارية أو ييسط مصلى، أو ينصب خشبة بعيدة منه بقدر ما بين الصفيين^(١)، فتكون العلامة مانعة من المرور، ولو خط في الأرض خطاً، مال في القديم إلى الاكتفاء به وكتب ذلك في الجديد، ثم حط عليه، فلو قصر المصلي وترك العلامة، فهل له منع المار؟ فعلى وجهين: يلتفت في أحدهما إلى التقصير. وفي الثاني إلى عموم الخبر^(٢).

ومهما لم يجد المار سبيلاً سواه، فلا يدفع بحال، فإن قيل: ما حد الفعل القليل؟ قلنا: غاية ما قيل فيه: إنه الذي لا يعتقد الناظر إلى فاعله أنه معرض عن الصلاة، وهذا لا يفيد تحديداً، فقد تردد القفال في تحريك الإصبع على التوالى في حساب، أو إدارة مسبحة، أو في حَكَّة.

وأصناف الأفعال كثيرة، فليعول المكلف فيه على اجتهاده. ولو قرأ القرآن من المصحف وهو يقلب الأوراق أحياناً لم يضره.

—وروى عن أبي هريرة بسند فيه مقال، وفيه: «لأن يقيم مائة عام خير له من الخطوة التي خطاها». أخرجه ابن ماجه (٣٠٤/١)، وابن خزيمة (٤/٢)، والزوائد للبوصري (٣٢٠/١). وروى عن زيد بن خالد بنحو حديث أبي الهيثم أحمد (١٦٩/٤)، وابن ماجه (٣٠٤/١)، ورواه الهيثمي وعزاه إلى البزار بزيادة: «لأن يقوم أربعين خيراً خير له من أن يمر بين يديه». وقال: رواه البزار ورجاله رجال الصحيح، وقد رواه ابن ماجه غير قوله خريفاً. انظر: بمجمع الزوائد (٦٤/٢)، وفي نفس المرجع للهيثمي عن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس. قال الشوكاني: والحديث يدل على أن المرور بين يدي المصلي من الكبار الموجبة للنار وظاهره عدم الفرق بين صلاة الفريضة والنافلة. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (٧/٣).

(١) وفي ذلك حديث أبي سعيد مرفوعاً: «إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة وليدن منها». رواه أبو داود (٦٩٨، ٦٩٩)، وابن ماجه (٩٥٤)، والبيهقي (٢٦٧/٢)، وابن خزيمة (٨٠٣)، (٨٤٠)، وبتأنيده المنن (١٨٨).

وعن ابن عمر: كان رسول الله ﷺ إذا خرج يوم العيد يأمر بالحربة فتوضع بين يديه، فيصلي إليها والناس وراءه، وكان يفعل ذلك في السفر. أخرجه البخاري (١٣٣/١)، ومسلم (الصلاة بـ ٣٧ رقم ٢٤٥)، والبيهقي (٢٦٩/٢، ٢٨٥/٣، ٣٠٨)، وابن عبد البر في التمهيد (١٩٣/٤)، وأبو داود (٦٨٧)، وفتح الباري (٥٧٣/١)، وإرواء الغليل (٢٨٤/٢). وروى في ذلك أحاديث أخرى نكتفي بما سقناه هنا.

(٢) قوله: فعلى وجهين: يلتفت في أحدهما إلى التقصير. أي تقصيره في وضع سترة أمامه كما أمر في الحديث الذي سقناه.

وفي الثاني إلى عموم الخبر. أي الأحاديث الآمرة بدفع المار حتى المقاتلة وهي عامة وصعت السترة أم لم توضع.

وقال أبو حنيفة: إن لم يحفظ القرآن على ظهر قلبه لم يحز.

الشرط السادس: ترك الأكل

وهو مبطل، قلّ أو كثر؛ لأنه يُعَدُّ إعراضاً عن الصلاة، ولو كان يمتص سكرة من غير مضغ فوجهان، منشأ الخلاف أن الواجب هو الإمساك أو ترك فعل الأكل.

خاتمة: شرط المكث في المسجد عدم الجنابة، فيجوز للمحدث المكث، وللجنب العبور^(١)، ولا يلزمه في العبور انتحاء أقرب الطرق، وليس له التردد في حافات المسجد من غير غرض.

وليس للحائض العبور عند خوف التلوّث، وكذا من به جراحة نضاجة بالدم. فإن أمنت التلوّث فوجهان؛ لغلظ حكم الحيض.

والكافر يدخل المسجد بإذن آحاد المسلمين، ولا يدخل بغير إذن على أظهر الوجهين.

فإن كان جنباً، فهل يمنع من المكث؟ فعلى وجهين:

أحدهما: نعم، كالمسلم. والثاني: لا؛ لأنهم لا يؤخذون بتفصيل شرعنا^(٢).

* * *

(١) أما شرط عدم المكث، فمن حديث عائشة مرفوعاً: «وجهوا هذه البيوت عن المسجد، فإنى لا أحل المسجد لحائض ولا جنب». وروى مثله عن أم سلمة مرفوعاً أيضاً، رواه ابن حجر في تلخيص الحبير (١/١٣٩)، والبخارى في تاريخه (٢/٦٧)، والألبانى في إرواء الغليل (١/١٦٢)، (٢١٠).

أما جواز العبور، فلحديث جابر مرفوعاً: «كان أحدنا يمر في المسجد جنباً مجتازاً». أورده صاحب منتقى الأخبار، وعزاه لسعيد بن منصور. انظر: نيل الأوطار (١/٢٢٨). وعن ريد بن أسلم، قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يمشون في المسجد وهم جنب. انظر: نيل الأوطار (١/٢٢٨).

(٢) قوله: لأنهم لا يؤخذون بتفصيل شرعنا. فيه نظر، وقد سبق لنا أن بينا أنهم مخاطبون بالشرائع مع عدم حصول الشرط الشرعى، وسقنا من قبل الأدلة على ذلك، كقوله تعالى: ﴿ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين﴾، فإن كان مواخذاً بالصلاة، فهو مواخذ بتفاصيلها، والله أعلم.

الباب السادس في أحكام السجدة

وهي ثلاثة:

الأولى: سجدة السهو^(١)

وهي سنة عندنا. وعند أبي حنيفة واجبة.

(١) السُّهُو: الغفلة والذهول عن الشيء. انظر: المعجم الوسيط (٤٥٩/١).

قال النووي في المجموع: الأحاديث الصحيحة التي عليها مدار سجود السهو، وعنها تتشعب مذاهب العلماء ستة أحاديث:

الأول: حديث أبي هريرة مرفوعاً: «إذا نودي بالأذان أدبر الشيطان له ضراط، حتى لا يسمع الأذان، فإذا قضي الأذان أقبل، فإذا ثوب بها أدبر، فإذا قضي التثويب أقبل يخطر بين المرء ونفسه، يقول: اذكر كذا، لما لم يكن يذكر، حتى يظل الرجل لا يدرى كم صلى، فليسجد سجدتين وهو جالس». أخرجه مسلم (المساجد ٨٣)، والبخاري (٨٧/٢)، والبيهقي (١٥١/٤)، وأبو داود (٥١٦)، وفيها: «فليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم».

الثاني: حديث ذى اليمين عن أبي هريرة، وسبق ذكره وتخريجه، وكذا عن عمران بن حصين. الثالث: عن عبد الله بن بحنة، أن رسول الله ﷺ قام من صلاة الظهر وعليه جلوس، فلما أتم صلاته، سجد سجدتين يكبر في كل سجدة وهو جالس قبل أن يسلم، وسجدهما الناس معه مكان ما نسي من الجلوس. وهو في الصحيحين أيضاً.

الرابع: عن ابن مسعود، قال: صلى رسول الله ﷺ - قال إبراهيم: زاد أو نقص - فلما سلم قيل له: يا رسول الله، أحدث في الصلاة شيء؟ قال: «وما ذاك؟»، قالوا: صليت كذا وكذا، فثنى رجله واستقبل القبلة، فسجد سجدتين، ثم سلم، ثم أقبل علينا بوجهه، فقال: «إنه لو حدث في الصلاة شيء أنبأتكم به، ولكن إنما أنا بشر أنسى كما تنسون، فإذا نسيت فذكروني، وإذا شك أحدكم في صلاته فليتحرر الصواب، فليتم عليه، ثم ليسجد سجدتين». رواه البخاري ومسلم، إلا قوله: «فإذا نسيت فذكروني»، فإنه للبخاري وحده، وفي رواية لهما عن ابن مسعود، أن رسول الله ﷺ صلى الظهر حمساً، فقبل: أزيد في الصلاة؟ فقال: «وما ذاك؟»، قالوا: صليت حمساً، فسجد سجدتين.

الخامس: عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى، أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى حمساً شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع، كانتا ترغيماً للشيطان». رواه مسلم.

السادس: عن عبد الرحمن بن عوف، رضى الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سها أحدكم في صلاته، فلم يدر واحدة صلى أم اثنتين؟ فليبن على واحدة، فإن لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثاً؟ فليبن على اثنتين، فإن لم يدر ثلاثاً صلى أم أربعاً؟ فليبن على ثلاث، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم». رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

فهذه الأحاديث تدل على مشروعية سجود السهو في الصلاة، وقد أجمعت الأمة على طلبه وفعله جبراً عن السهو الذي حدث في الصلاة.

والنظر في مقتضيه ومحلّه:

الأول: المقتضى: وهو قسمان:

ترك مأمور، وارتكاب منهي:

أما المأمورات: فالأركان لا تجبر بالسجود، بل لابد من التدارك.

وإنما يتعلق السجود من جملة السنن بما يؤدي تركه إلى تغيير شعار ظاهر خاص بالصلاة، وهي أربعة:

التشهد الأول، والجلوس فيه، والقنوت في صلاة الصبح، والصلاة على الرسول ﷺ في التشهد الأول، وعلى آل في التشهد الثاني إن رأبناهما سنتين.

ولا يتعلق السجود بترك السورة، ولا بترك الجهر وسائر السنن، ولا بترك تكبيرات صلاة العيد، وإن كان شعاراً ظاهراً، ولكنه ليس خاصاً في الصلاة، بل يشرع في الخطبة وغيرها في أيام العيد. وعلق أبو حنيفة بالسورة وتكبيرات العيد وترك الجهر.

فروع: لو تعدد ترك هذه الأبعاض، ففي السجود وجهان:

أحدهما: أنه يسجد؛ لأنه أحوج إلى الجبر من الساهی. والثاني: لا؛ لأنه يجبر مع العذر، والعامد غير معذور.

أما المنهيات: فما يبطل الصلاة عمدته يتعلق السجود بسهوه، وما لا فلا.

ومواضع السهو ستة نوردّها على ترتيب الصلاة:

الأول: إذا نقل ركنًا إلى غير محله، كما لو قرأ الفاتحة أو التشهد في الاعتدال من الركوع، فقد جمع بين النقل وتطويل ركن قصير.

فالظاهر أنه يبطل عمدته ويقتضى السجود سهوه، وفيه وجه بعيد، أنه لا يبطل.

فأما إذا وجد النقل إلى ركن طويل أو تطويل القصير بغير نقل، ففي البطلان وجهان:

أحدهما: نعم، كنقل الركوع والسجود. والثاني: لا؛ لأن القراءة كالجنس الواحد.

وعلى هذا هل يسجد بسهوه؟ فوجهان:

وجه قولنا: يسجد، أنه تغيير ظاهر، وكما لا يبعد أن يناط السجود بترك ما ليس بواجب من السنن، لا يبعد أن يناط بترك ما ليس بمبطل من المنهيات، وهذا استثناء عن

الضبط الذى ذكرناه فى المنهيات.

ولو نقل القراءة إلى القعود بين السجدين، فالمشهور وهو اختيار ابن سريج، أنه ركن طويل كالقعود للتشهد.

وقال الشيخ أبو على: لا يبعد تشبيه بالاعتدال عن الركوع؛ لأن المقصود الظاهر منه الفصل بين السجدين.

الموضع الثانى: إذا نسى الترتيب، فما جاء به قبل أوانه غير معتد به، وكأنه ارتكب منهيًا سهوًا، ولو ترك سجدة من الأولى وقام إلى الثانية، فلا يعتد من سجديته فى الثانية إلا بواحدة يتم بها الركعة الأولى، ولو ترك أربع سجعات من أربع ركعات كذلك، فلم يحصل له إلا ركعتان، إذ حصل من كل ركعتين ركعة، فيصلى ركعتين ويسجد للسهو.

وقال أبو حنيفة: يكفيه أن يقضى أربع سجعات فى آخر صلاته. ولو ترك ثمانى سجعات لم يجوز القضاء جميعًا، بل قال: ما لم تنقيد الركعة بسجدة واحدة لم يعتد بها.

فرعان: الأول: لو ترك سجدة من الأولى، وثلثين من الثانية، وواحدة من الرابعة، فقد حصل له من الثلاثة الأولى ركعة تامة، وحصلت الركعة الأخيرة بلا سجدة، فليسجد ثانية، وليصل ركعتين، وإن نسى أربع سجعات، ولم يدر من أين تركها، فليسجد سجدة، وليصل ركعتين أخذًا بهذا التقدير الذى هو أسوأ التقديرات.

الثانى: إذا تذكر فى قيام الثانية أنه ترك سجدة، فليجلس للسجود، فإن كان قد جلس بين السجدين على قصد الفرض لم يلزمه إلا السجود، وإن كان جلس على قصد الاستراحة، فيبنى على الخلاف فى أن الفرض هل يتأدى بنية النفل؟ وإن لم يكن جنس بعد السجدة الأولى، فالأظهر أنه يجلس مطمئنًا ثم يسجد.

وفيه وجه أن الفصل بين السجدين قد حصل بالقيام، فيغنيه ذلك عن الجلوس.

الموضع الثالث: إذا قام قبل التشهد الأول ناسيًا، فإن انتصب لم يعد؛ لأنه لا يس فرضًا، فإن عاد مع العلم بطلت صلاته، وإن ظن الجواز لم تبطل، لكن يسجد للسهو، ولو كان مأموماً وقد قعد الإمام وقام المأموم إلى الركعة الثالثة، فهل يرجع؟ فعلى وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأن القدوة أيضًا واجبة. والثانى: لا؛ لأن سبق الإمام بركن واحد لا يبطل الصلاة، ولا خلاف أنه لو قام عمدًا لم تبطل صلاته، ولم يجز له الرجوع إلى

موافقة الإمام، كما لو رفع رأسه قبل الإمام قصدًا ورجع إلى السجود مع العلم بطلت صلاته، وإن ظن أن الإمام رافع رأسه فرفع، ففي جواز العود وجهان.

أما إذا تذكر ترك السجود قبل الانتصاب فيرجع، ثم يسجد للسهو إن كان قد انتهى إلى حد الراكعين؛ لأنه زاد ركوعًا، وإن كان دون حد الركوع، فلا يسجد، وإن ارتفع غير مُنْحَنٍ وصار أقرب إلى القيام منه إلى القعود رجع، وفي السجود نظر:

قال الصيدلاني: يسجد؛ لأنه فعل كثير من جنس الصلاة، ويحتمل أن يقال: إن الخطوتين تزيد عليه، فلا تبطل الصلاة بعمده بخلاف الانتصاب والركوع، فإنهما من جنس واجبات الصلاة.

الموضع الرابع: إذا جلس عن قيام في الركعة الأخيرة للتشهد قبل السجود، فإذا تذكر بعد التشهد تدارك السجود وأعاد التشهد وسجد للسهو؛ لأنه زاد قعودًا طويلًا في غير وقته، ولو ترك السجدة الثانية فتشهد ثم تذكر تداركها وأعاد التشهد، ولا يسجد؛ لأن الجلوس بين السجدين ركن طويل، إلا إذا قلنا: إنه قصير، أو قلنا: بمجرد نقل الركن يبطل.

فأما إذا جلس عن قيام ولم يتشهد، فإن طول سجد للسهو، وإن كان خفيفًا فلا؛ لأن جلسة الاستراحة معهودة في الصلاة، وهذا يساويها، وإن لم يكن في محله، بخلاف الركوع والسجود.

الموضع الخامس: إذا تشهد في الأخيرة وقام إلى الخامسة ناسيًا لم تبطل صلاته، وإن كثرت أفعاله الزائدة؛ لأنه من جنس الصلاة، فلا تضر مع النسيان، ولكن إذا عاد فالقياس أنه لا يعيد التشهد، بل يسجد للسهو، ويسلم، ولكن ظاهر النص أنه يتشهد، وعلل ابن سريج بعلتين:

إحدهما: رعاية الولاء بين التشهد والسلام. والثانية: أن لا يبقى السلام منفردًا غير متصل بركن من أحد الجانبين، والمعنيان ضعيفان.

وَفَرَّغَ على المعنيين ما إذا هوى إلى السجود قبل الركوع، فإن حاذرنا بقاء السلام فردًا، فيكفيه أن يرتفع إلى حد الراكعين، وإن راعينا الولاء فينبغي أن يقوم ويركع عن القيام؛ ليتصل الركوع بقيام يعتد به.

الموضع السادس: إذا شك في أثناء الصلاة في عدد الركعات أخذنا بالأقل، وسجد للسهو لاحتمال الزيادة، ولو سلم ثم شك، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك محطوط عنه؛ لأن الشك يكثر بعد الفراغ، فلا سبيل إلى تتبعه.
والثاني: أنه كالشك في الصلاة، فإن الأصل أنه لم يفعل، فإن قُرب الزمان قام إلى التدارك وسجد للسهو؛ لأنه سلم في غير محله، وإن طال الزمان، فلا وجه إلا القضاء والاستئناف.

والقول الثالث، وهو من تصرف الأصحاب: أنه إذا شك بعد تطاول الزمان، فلا يعتبر؛ لأن من تفكر في صلاة أمسه فيتشكك فيها وإن قرب الزمان يعتبر.

وليس من الشك أن لا يتذكر كيفية صلاته السابقة، بل الشك أن يتعارض اعتقادهان على التناقض بأسباب حاضرة في الذكر توجب تناقض الاعتقاد.

قواعد أربعة: الأولى: من شك في السهو، فإن كان شكه في ترك مأمور سجد للسهو، إذا الأصل أنه لم يفعله، وإن شك في ارتكاب منهي لم يسجد؛ لأن الأصل أنه لم يرتكب، ولو علم السهو وشك في أنه هل سجد له أم لا؟ فالأصل أنه لم يسجد.

ولو سجد للسهو، فلم يدر أسجد سجدتين أم واحدة أخذ بالأقل؛ لأن الأصل عدمها، فيسجد سجدة أخرى، ثم لا يسجد لهذا السهو؛ لأنه يجبر نفسه وغيره.

والأخذ باليقين مطرد إلا في مسألة وهي من شك أصلي ثلاثاً أم أربعاً؟ أخذ بالأقل وسجد؛ لورود الحديث^(١) وإن كان الأصل أنه لم يزد. قال الشيخ أبو علي: سبب السجود أنه إن لم يزد فقد أدى الرابعة مع تجويز أنها خامسة، فتطرق إليه نقص حتى لو تيقن قبل السلام أنها رابعة سجد أيضاً؛ لوجود التردد في نفس الركعة.

وأنكر الشيخ أبو محمد تعليله وتفريعه، وقال: لا يسجد إذا زال التردد قبل السلام.

الثانية: إذا تكرر السهو لم يتكرر السجود، بل يكفي لجميع أنواع السهو سجدتان. وقال ابن أبي ليلى: لكل سهو سجدتان، وهو لفظ الخير^(٢).

(١) سبق ذكر الحديث في تحقيق مقدمة هذا الباب، وهو عن عبد الرحمن بن عوف، رضي الله عنه، أخرجه الترمذی (٣٩٨)، والزيلعي في نصب الراية (١٧٠/٢، ١٧٤)، والمتقي في كنز العمال (١٩٨٤٣، ١٩٨٢٧)، والبعوى (٢٨٢/٣)، ورواه بدون تفصيل الأولى والثانية، وهكذا بلفظ: «فليطرح الشك وليين على ما استيقن». مسلم (ح ٥٧١)، ولفظ: «فليتحرك»، مسلم (ح ٦٩)، ٥٧٢/٧٠، والبخاري (١١١/١)، وإرواء الغليل (١٣٤/٢)، وأحمد (٧٢/٣)، وابن خزيمة (١٠٢٤)، ومالك (٩٥)، والطبراني في الصغير (٣٧/١)، وتلخيص الحبير (٥/٢).

(٢) قوله: وقال ابن أبي ليلى... إلى: وهو لفظ الخير. أول المصنف هذا الخبر تأويلاً صحيحاً، إلا أنه لم يُشر إلى هذا الخبر، وهو حديث ثوبان مرفوعاً: «لكل سهو سجدتان بعد ما يسلم» =

لكن معناه تعميم السجود على أنواع السهو، كما يقال: لكل ذنب توبة، فلا يتكرر سجود السهو إلا إذا أداه في غير محله، كما إذا سجد في صلاة الجمعة، ثم بان لهم أن الوقت خارج تَمَمُها ظهراً وأعادوا السجود، وكذا المسافر إذا قصر وسجد فتبين له انتهاء السفينة إلى دار الإقامة، أتم وأعاد السجود، وكذا المسبوق إذا سجد لسهو الإمام متابعة أعاد في آخر صلاة نفسه على رأى.

فرع: لو ظن سهواً فسجد، ثم تبين أنه لم يكن سهواً، فقد زاد إذا سجدتين.

قال بعض المحققين: يسجد الآن لزيادة السجدتين.

قال الشيخ أبو محمد: ذلك السجود سجود سهو من وجه، وجبر لنفسه من وجه، كالشاة من الأربعين، فإنها تُزَكَّى نفسها وبقيّة النصاب.

الثالثة: إذا سها المأموم لم يسجد، بل الإمام يتحمل عنه كما يتحمل عنه سجود التلاوة، ودعاء القنوت، والجهر في الجهرية، والقراءة، واللبث في القيام من المسبوق، وكذا التشهد الأول عن المسبوق بركعة واحدة، فإن ثانيته ثالثة الإمام ولا يقعد فيها.

نعم لو سلم الإمام وسلم المسبوق ناسياً قام إلى التدارك وسجد لسهوه بالسلام بعد مفارقة الإمام.

فرع: لو سمع صوتاً فظن أن الإمام سلم، فقام ليتدارك، ثم عاد إلى الجلوس والإمام بعد في الصلاة، فكل ما جاء به سهو لا يعتد به ولا يسجد؛ لأن القدوة مُطردة، فإذا سلم الإمام فليتدارك الآن، وإن تذكر في القيام أن الإمام لم يتخلل، فليرجع إلى القعود، أو لينتظر قائماً سلامه ثم ليشتغل بقراءة الفاتحة.

الرابعة: إذا سها الإمام سجد وسجد المأموم لمتابعته، فلو ترك قصداً بطلت صلاته لمخالفته، ولو ترك الإمام السجود فظاهر النص أن المأموم يسجد، ثم يسلم؛ لأن سجوده لسهو الإمام ولمتابعته جميعاً، ومنهيب البويطى والمزنى وطائفة من الأصحاب أنه لا يسجد؛ لأنه يسجد لمتابعة الإمام.

فرع: إذا سهى الإمام بعد اقتداء المسبوق سجد ويسجد المأموم معه؛ للمتابعة وإن لم

= أخرجه أبو داود (١٠٣٨)، أحمد (٣٨٠/٥)، عبد الرزاق (٢٥٣٣)، إرواء الغليل (٤٧/٢)، البيهقي (٤٧/٢)، وضعفه. قال البيهقي: حديث أبي هريرة وعثمان وغيرهما في إجماع عدد السهو على السى ﷺ، ثم اقتصراره على سجدتين يخالف هذا. انتهى. وهو كما ترى مشترك المعنى، فإن صح فمحمول على ما ذهب إليه المصنف كما دلت عليه الأحاديث الأخرى.

يكن آخر صلاته، هذا هو الظاهر.

وهل يعيد في آخر صلاته؟ فيه قولان، يلتفتان على أنه يسجد للسهو، أو لمتابعته؟ وإن لم يسجد الإمام، فظاهر النص أنه يسجد في آخر صلاة نفسه، وإن كان الإمام سهى قبل اقتدائه، فهل يلحقه حكمه كما بعد الاقتداء؟ ظاهر المذهب أنه يلحقه.

النظر الثاني

في محل السجود وكيفيته

وظاهر النص الجديد: أنه يسجد سجدةً بعد التشهد قبل السلام.

وقال مالك^(١): إن كان السهو نقصاناً، فهو قبل السلام، وإن كان زيادةً فبعده. وقال

(١) قال الشوكاني: وقد اختلف أهل العلم في ذلك على ثمانية أقوال كما ذكر ذلك العراقي في شرح الترمذی:

الأول: أن سجود السهو كله محله بعد السلام، وقد ذهب إلى ذلك جماعة من الصحابة، وهم علي بن أبي طالب، وسعد بن أبي وقاص، وعمار بن ياسر، وعبد الله بن مسعود، وعمران بن حصين، وأنس بن مالك، والمنيرة بن شعبة، وأبو هريرة. وروى الترمذی عنه خلاف ذلك. وروى أيضاً عن ابن عباس، ومعاوية، وعبد الله بن الزبير على خلاف ذلك. ومن التابعين أبو سمية بن عبد الرحمن، والحسن البصري، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، والسائب القاري. وروى الترمذی عنه خلاف ذلك، وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأصحابه. وحكى عن الشافعي قولاً له. ورواه الترمذی عن أهل الكوفة.

القول الثاني: إن سجود السهو كله قبل السلام، وقد ذهب إلى ذلك من الصحابة أبو سعيد، وروى عن ابن عباس، ومعاوية، وعبد الله بن الزبير. على خلاف في ذلك، وبه قال الزهري، ومكحول، وابن أبي ذئب، والأوزاعي، والليث بن سعد، والشافعي في الجديد وأصحابه، ورواه الترمذی عن أكثر فقهاء المدينة، وعن أبي هريرة.

القول الثالث: التفرقة بين الزيادة والنقص، فيسجد للزيادة بعد السلام وللنقص قبله، وإلى ذلك ذهب مالك وأصحابه، والمزني، وأبو ثور، وهو قول الشافعي، وإليه ذهب الصادق والناصر من أهل البيت. قال ابن عبد البر: وبه يصح استعمال الخبرين جميعاً. قال: واستعمال الأخبار على وجهها أولى من ادعاء النسخ، ومن جهة النظر الفرق بين الزيادة والنقصان بين في ذلك؛ لأن السجود في النقصان إصلاح وجبر، ومحال أن يكون الإصلاح والجبر بعد الخروج من الصلاة، وأما السجود في الزيادة، فإنما هو ترغيم للشيطان، وذلك ينبغي أن يكون بعد الفراغ. قال ابن العربي: مالك أسعد قليلاً وأهدى سبيلاً. أهـ. ويدل على هذه التفرقة ما رواه الطبراني من حديث عائشة في آخر حديث لها، وفيه قال: «من سها قبل التمام، فليسجد سجدةً السهو قبل أن يسلم، وإذا سها بعد التمام سجد سجدةً السهو بعد أن يسلم». قست: وأخرجه النهشي في مجمع الزوائد (١٥٣/٢)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (٢٩٧/١). قال الشوكاني: ولكن في إسناده عيسى بن ميمون المدني المعروف بالواسطي، وهو وإن وثقه حماد بن سلمة، = :

وقال فيه ابن معين مرة: لا يأس به، فقد قال فيه مرة: ليس بشيء، وضعفه الجمهور.
القول الرابع: أنه يستعمل كل حديث كما ورد وما لم يرد فيه شيء يسجد قبل السلام، وإلى ذلك ذهب أحمد بن حنبل كما حكاه الترمذى عنه، وبه قال سليمان بن داود الهاشمي من أصحاب الشافعي وأبو حنيفة. قال ابن دقيق العيد: هذا المذهب مع مذهب مالك متفقاد في طلب الجمع وعدم سلوك طريق الترجيح، لكنهما اختلفا في وجه الجمع.
القول الخامس: أنه يستعمل كل حديث كما ورد وما لم يرد فيه شيء، فما كان نقصاً يسجد له قبل السلام، وما كان زيادة فبعد السلام، وإلى ذلك ذهب إسحاق بن راهويه، كما حكاه عنه الترمذى.

القول السادس: أن الباني على الأقل في صلاته عند شكه يسجد قبل السلام على حديث أبي سعيد الآتي والتحري في الصلاة عند شكه يسجد بعد السلام على حديث ابن مسعود، سبق ذكره، وإلى ذلك ذهب أبو حاتم بن حبان، قال: وقد يتوهم من لم يحكم صناعة الأخبار ولا تفقه في صحيح الآثار أن التحري في الصلاة والبناء على اليقين واحد، وليس كذلك؛ لأن التحري هو أن يشك المرء في صلاته، فلا يدرى ما صلى، فإذا كان كذلك فعليه أن يتحرى الصواب، وليبين على الأغلب عنده، ويسجد سجدة السهو بعد السلام على خبر ابن مسعود والبناء على اليقين هو أن يشك في الثنتين والثلاث أو الثلاث والأربع، فإذا كان كذلك فعليه أن يبنى على اليقين، وهو الأقل، وليتم صلاته، ثم يسجد سجدة السهو قبل السلام على خبر عبد الرحمن بن عوف وأبي سعيد، وما اختاره من التفرقة بين التحري والبناء على اليقين، قاله أحمد بن حنبل فيما ذكره ابن عبد البر في التمهيد، وقال الشافعي وداود وابن حزم: إن التحري هو البناء على اليقين، وحكاه النووي عن الجمهور.

القول السابع: أنه يتخير الساهي بين السجود قبل السلام وبعده، سواء كان لزيادة أو نقص، حكاه ابن أبي شيبة في المصنف عن علي عليه السلام، وحكاه الرافعي قولاً للشافعي ورواه المهدي في البحر عن الطبري، ودليلهم أن النبي ﷺ صح عنه السجود قبل السلام وبعده، فكان الكل سنة.

القول الثامن: أن محله كله بعد السلام، إلا في موضعين، فإن الساهي فيهما بخير، أحدهما: من قام من ركعتين ولم يجلس ولم يتشهد. والثاني: أن لا يدرى أصلى ركعة أم ثلاثاً أم أربعاً، فيبني على الأقل ويخير في السجود، وإلى ذلك ذهب أهل الظاهر، وبه قال ابن حزم، وروى النووي في شرح مسلم عن داود أنه قال: تستعمل الأحاديث في موضعها كما جاءت. قال القاضي عياض وجماعة من أصحاب الشافعي، ولا خلاف بين هؤلاء المختلفين وغيرهم من العلماء: أنه لو سجد قبل السلام أو بعده للزيادة أو للنقص أنه يجزئه، ولا تفسد صلاته، وإنما اختلافهم في الأفضل. قال النووي: وأقوى المذاهب هنا مذهب مالك، ثم الشافعي. وقال ابن حزم في مذهب مالك: إنه رأى لا يبرهان على صحته. قال: وهو أيضاً مخالف لاشات عن رسول الله ﷺ من أمره بسجود السهو قبل السلام من شك، فلم يدر كم صلى وهو سهو زيادة، ثم قال: ليت شعري، من أين لهم أن جبر الشيء لا يكون إلا فيه لا بآثنا عنه. وهم

أبو حنيفة: يسجد بعد السلام. ومذهب مالك قول قديم. والتخيير بين التقديم والتأخير قول ثالث.

ومستند الأقوال تعارض الأخبار، ولكن كان آخر سجود الرسول ﷺ قبل السلام، فكأنه ناسخ لغيره.

ثم هذا الاختلاف في الأولى أو في الوجوب؟ فيه وجهان. فإن فرعنا على أنه قبل السلام، فلو سلم عامداً قبل السجود، فقد فوت على نفسه.

وإن سلم ناسياً وتذكر على القرب، فهل يسجد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه مسنون، والسلام ركن جرى محلاً. والثاني: نعم، وكأن السلام موقوف. فإن عن له السجود بأن أنه لم يتحلل حتى لو أحدث في السجود بطلت صلاته. وإن عن له أن لا يسجد بأن أنه كان محلاً.

لو طال الزمان ثم تذكر تبين أنه كان محلاً، إذ تعذر التدارك. وإن فرعنا على أنه بعد السلام، فهل يفوت بطول الفصل؟ وجهان:

أصحهما: أنه يفوت؛ لأنه من التوابع كالتسليمة الثانية. والثاني: لا؛ لأنه جبران فيضاهي جبرانات الحج.

=مجمعون على أن الهدى والصيام يكونان جبراً لما نقص من الحج، وهما بعد الخروج عنه، وأن عتق الرقبة أو الصدقة أو صيام الشهرين جبراً لنقص وطء التعمد في نهار رمضان، وفعل ذلك لا يجوز إلا بعد تمامه. أ.هـ. وأحسن ما يقال في المقام أنه يعمل على ما تقتضيه أقواله وأفعاله ﷺ من السجود قبل السلام وبعده، فما كان من أسباب السجود مقيداً بقيل السلام سجد له قبله، وما كان مقيداً ببعده السلام سجد له بعده، وما لم يرد تقييده بأحدهما كان مخيراً بين السجود قبل السلام وبعده من غير فرق بين الزيادة والنقص لما أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «إذا زاد الرجل أو نقص، فليسجد سجدتين».

قلت: أخرجه مسلم (٥٧٢/٩٦)، والألباني في إرواء الغليل (٤٢٦/٢)، وجميع أسباب السجود لا تكون إلا زيادة أو نقصاً أو مجموعهما، وهذا ينبغي أن يعد مذهباً تاسعاً؛ لأن مذهب داود وإن كان فيه أنه يعمل بمقتضى النصوص الواردة، كما حكاه النووي، فقد جزم بأن الخارج عنها يكون قبل السلام وإسحاق بن راهويه، وإن قال: إنها تستعمل الأحاديث كما وردت فقد جزم أنه يسجد لما خرج عنها إن كان زيادة بعد السلام، وإن كان نقصاً قبله كما سبق.

والقائلون بالتخيير لم يستعملوا النصوص كما وردت، ولا شك أنه أفضل ومحل الخلاف في الأفضل كما عرفت، وإن كانت الهاوية تقول بفساد صلاة من سجد لسهوه قبل التسليم مطلقاً لكن قولهم مع كونه مخالفاً لما صرح به الأدلة مخالف للإجماع الذي حكاه القاضي عياض وغيره. انتهى بتصرف بسيط وإدخال تحريج ما ورد من أحاديث. انظر: نيل الأوطار (١١٠/٣).

السجدة الثانية: سجدة التلاوة

وهي سنة مؤكدة. وقال أبو حنيفة: إنها واجبة^(١). ومواضعها في القرآن أربع عشرة^(٢) آية، وليس في سورة «ص»^(٣) سجدة، خلافاً لأبي حنيفة، وفي «الحج»

(١) منشأ الخلاف في حكم سجود التلاوة أن أبا حنيفة حمل الأخبار التي معناها معنى الأوامر بالسجود على ظاهرها مثل قوله تعالى: ﴿إِذَا تَلَىٰ عَلَيْهِم آيَاتِ الرَّحْمَنِ خَرَوْا سُجَّدًا وَبُكِيًّا﴾، مع ملاحظة الأصل الذي هو عليه في التفريق بين الفرض والواجب، فإنه لم يقل بفرضيتها، بل بوجوبها؛ لما في الأدلة من دلالة ظنية. وقال مالك والشافعي بعدم الوجوب، واستدلوا بالآثر الذي رواه مالك في الموطأ (٢٠٦/١)، وهو حجة مالك، رحمه الله، وأخرجه البخاري (٦٤٨/٢، ٦٤٩) عن عمر، أنه قرأ على المنبر يوم الجمعة سورة النحل، حتى جاء السجدة، فنزل وسجد وسجد الناس، حتى إذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها، حتى إذا جاء السجدة، قال: «أيها الناس، إنا لم نؤمر بالسجود، فمن سجد فقد أصاب، ومن لم يسجد، فلا إثم عليه»، وفي لفظ: «إن الله لم يفرض علينا السجود، إلا أن نشاء»، قالوا: وهذا يحضر الصحابة، فلم ينقل عنهم أن أحداً خالف في ذلك. فإذا تقرر لك أصل الحنفية في التفريق بين الفرض والواجب، علمت عند التحقيق في ذلك أن الخلاف خلافاً لفظياً اصطلاحياً، والله أعلم.

(٢) في الأصل: «أربعة عشر»، وهو خطأ؛ لأن العدد المركب من ثلاثة عشر إلى تسعة عشر إذا كان المعدود مذكر أث الجزء الأول وذكر الجزء الثاني، وإذا كان المعدود مؤنثاً ذكر الجزء الأول وأث الجزء الثاني.

أما كونها أربع عشرة آية، فهذا ما أثبتته الشافعي، الأولى خاتمة الأعراف، والثانية عند قوله تعالى في الرعد: ﴿بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾، والثالثة عند قوله في النحل: ﴿وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾، والرابعة عند قوله تعالى في بني إسرائيل: ﴿وَيَزِيدُهُمْ مَحْشُوعًا﴾، والخامسة عند قوله في مريم: ﴿خَرُّوا سُجَّدًا وَبُكِيًّا﴾، والسادسة في الحج: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يُشَاءُ﴾، والسابعة السجدة الثانية في الحج، والثامنة عند قوله في الفرقان: ﴿وَزَادَهُمْ نَفُورًا﴾، والتاسعة عند قوله في النمل: ﴿رَبِّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ﴾، والعاشر عند قوله في ألم تنزيل: ﴿وَهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ﴾، وإحدى عشرة في حم السجدة: ﴿إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾، وعنده وعند أبي حنيفة والجمهور، عند قوله تعالى: ﴿وَهُمْ لَا يَسْتَمِنُونَ﴾، اثنا عشرة في النجم، ثلاثة عشرة في: ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾، الرابعة عشر في: ﴿اقْرَأْ﴾.

(٣) أسقط الشافعي، رحمه الله سجدة «ص»؛ لما روى عن أبي سعيد الخدري، أن النبي ﷺ قرأ وهو على المنبر آية السجود في سورة «ص»، فنزل وسجد، فلما كان يوم آخر، قرأها فنهيا الناس للسجود، فقال: «إنما هي توبة نبي، ولكن رأيكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت». أخرجه أبو داود (ح ١٤١٠)، والبيهقي (٣١٨/٢)، والحاكم (٤٣١/٢)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. وقال البيهقي: حسن الإسناد صحيح، وله شاهد من حديث ابن عباس أنه سئل عن السجود في «ص»، فقال: ليس من عزائم السجود، وقد رأيت رسول الله ﷺ يسجد فيها. أخرجه مع ما سبق البخاري (ح ١٠٦٩)، والنسائي (١٥٩/٢)، وأحمد (٣٥٩/١، ٣٦٠).

سجدتان، وقال ﷺ: «من لم يسجدهما لم يقرأهما»^(١).

وقال أبو حنيفة: فيها سجدة واحدة^(٢). وأثبت ابن سريج سجدة «ص»^(٣).

والقول القديم: أن السجدات إحدى عشرة، إذ روى ابن عباس، رضى الله عنه، أنه ما سجد رسول الله ﷺ في المفصل بعد ما هاجر^(٤).

ولكن روى الشافعى، رضى الله عنه، بإسناده فى الجديد أنه عليه الصلاة والسلام سجد فى سورة: ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾ [الانشقاق: ١]^(٥)، قد رواه أبو هريرة، وقد

(١) هذا مأخوذ من حديث ابن لهيعة، عن مشرح بن هاعان، عن عقبة بن عامر، قال: قلت: يا رسول الله، فى سورة الحج سجدتان؟ قال: «نعم، ومن لم يسجد فلا يقرأها». أخرجه الدارقطنى (٤٠٨/١)، والترمذى (٤٦/٢)، وقال: إسناده ليس بالقوى، وأخرجه الحاكم بلفظ: «فضلت سورة الحج بسجدتين، فمن لم يسجدهما فلا يقرأهما»، وسكت عنه هو والذهبى. وروى أبو داود فى المراسيل نحوه (ح ١٤٠٢)، وقال: وقد أسند هذا ولا يصح، ورواه أحمد (١٥١/٤)، وأخرجه البيهقى مرسلًا من طريق خالد بن معدان، وقال: روى ذلك عن جمع من الصحابة (٣١٨، ٣١٧/٢)، وهو الذى ضعفه أبو داود.

(٢) أبو حنيفة وأصحابه قالوا: وجدا السجدات التى أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر، وهى: سجدة الأعراف، والنحل، والرعد، والإسراء، ومريم، وأول الحج، والفرقان، والنمل، وآلم تنزيل، فوجب أن يلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر، وهى التى فى ص، والانشقاق، ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الأمر، وهى التى فى النجم، وفى الثانية من الحج، وفى ﴿اقرأ باسم ربك﴾.

(٣) سبق ذكر أحاديث السجود فى سورة «ص»، وعرفنا أن الشافعى أسقطها؛ لأنه استدل بما فى الحديث: «ونسجدها شكرًا»، على أنه لا يشرع السجود فيها؛ لأن سجود الشكر غير مشروع فى الصلاة. أما مذهب ابن سريج، فلهل استدل بما فى البخارى فى تفسير «ص» من طريق مجاهد، عن ابن عباس، وكذا ابن عزيمة، أنه سأل ابن عباس: من أين أخذت السجود فى «ص»، فقال: من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ ذَرِيَّتُهُ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ إل قوله: ﴿فَبِهِدَاهِمَ اقْتَدِهِ﴾، ففى هذا أنه استنبط مشروعية السجود فيها من الآية. انظر: نيل الأوطار (٩٩/٣).

(٤) هذا الحديث ضعيف. قال الشوكانى: وفى إسناده أبو قدامة الحارث بن عبيد، ومطر الوراق، وهما ضعيفان، وإن كانا من رجال مسلم. قال النووى: حديث ابن عباس ضعيف الإسناد لا يصح الاحتجاج به. انتهى. وعلى فرض صلاحيته للاحتجاج، فالأحاديث المتقدمة مثبتة، وهى مقدمة على النفى، ولا سيما مع إجماع العلماء على أن إسلام أبى هريرة كان سنة سبع من الهجرة، وهو يقول فى حديث: سجدنا مع رسول الله ﷺ فى: ﴿إِذَا السَّمَاءُ﴾. انظر نيل الأوطار (٩٦/٣).

(٥) وحديث أبى هريرة أخرجه البخارى (ح ١٠٧٤)، ومسلم (٥٧٨)، والترمذى (ح ٥٧٣)، والنسائى (٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣)، وابن ماجه (١٠٥٨، ١٠٥٩)، وأبو داود (ح ١٤٠٧)، =

أسلم بعد الهجرة بستتين.

ثم هذه السجدة مشروعة في حق القارئ والمستمع أيضاً إذا كان متطهراً، فإن لم يسجد القارئ لم يتأكد الاستحياب في حق المستمع، وهذا في غير الصلاة، أما في الصلاة، فلا يسجد المأموم إلا لقراءة إمامه إذا سجد متابعة له، ولا يسجد لقراءة نفسه ولا لقراءة غير الإمام. ومن قرأ آية في مجلس واحد مرتين، فهل تشرع السجدة الثانية له؟ فيه وجهان.

فإن قيل: وما كيفية هذه السجدة؟ قلنا: هي سجدة واحدة، تفتقر إلى شرائط الصلاة كالاستقبال والطهارة والستر، وفي أقلها ثلاثة أوجه، الأصح أنها سجدة فردة. يُستحب أن يكبر عند الهوى إلى الأرض^(١). وقيل: لا يستحب، وهو بعيد.

والثاني: لا بد من التَّحَرُّم بالتكبير والنية وسجدة وسلام^(٢)، وفي التشهد وجهان.

فإن قلنا: لا يجب، ففي استحباب التشهد وجهان. وكان رسول الله ﷺ في سجود التلاوة يقول: «سجد وجهي للذي خلقه وشق سمعه وبصره بحوله وقوته»^(٣).

وروى أنه قال: «اللهم اكتب لي عبدك بها أجراً، واجعلها لي عندك ذخراً، واقبلها مني كما قبلت من عبدك داود»^(٤).

= ١٤٠٨)، وقال: أسلم أبو هريرة سنة ست عام خيبر، وهذا السجود من رسول الله ﷺ آخر فعله.

(١) وذلك لحديث ابن عمر، رضي الله عنه، قال: كان النبي ﷺ يقرأ علينا القرآن، فإذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا. عزاه صاحب متقى الأخبار إلى أبي داود. قال الشوكاني: في إسناده العمري عبد الله المكبر، وهو ضعيف. وأخرجه الحاكم من رواية العمري أيضاً، لكن وقع عنده مصغراً أو المصغر ثقة؛ ولهذا قال: على شرط الشيعين. قال الحافظ: وأصله في الصحيحين من حديث ابن عمر بلفظ آخر. قال عبد الرزاق: كان الثوري يعجه هذا الحديث، وقد أخرج مسلم لعبد الله العمري المذكور في صحيحه، لكن مقروناً بأبيه عبد الله. انظر: نيل الأوطار (١٠٣/٣).

(٢) لم يكن ذلك الحكم منهم إلا قياساً على الصلاة.

(٣) أخرجه أبو داود (١٤١٤)، والنسائي (٢٢٢/٢)، وأحمد (٢١٧/٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٤٠/٤)، والترمذي (٥٨٠، ٣٤٢١، ٣٤٢٣، ٣٤٢٥)، وأخرج مسلم نحوه من حديث عبي (صلاة المسافر ٢٦ رقم ٢٠١، ٢٠٢)، والطبراني (٢٣٢/١٩)، والدر المنثور (١٥٨/٣)، (٢٧/٦).

(٤) أخرجه عن ابن عيسى مرفوعاً الترمذي في سننه (٥٧٩، ٣٤٢٤)، والبيهقي في السنن =

الثالث: أن التحرم لا بد منه، أما السلام فلا. هذا في غير الصلاة، أما المصلي، فيكفيه سجدة واحدة، ويستحب في حقه تكبير الهوى، ولا يستحب رفع اليد، وفي غير الصلاة قال العراقيون: يستحب رفع اليد؛ لأنه تكبيرة التحرم.

فرع: إذا كان محدثاً في حال التلاوة، أو كان متطهراً وترك السجود حتى طال الفصل، ففي قضائها قولان كما في النوافل، ذكرهما صاحب التقريب، وقال: ما لا يتقرب به ابتداء لا يقضى كصلاة الخسوف والاستسقاء، وهذا إشارة إلى أن المتقرب بسجدة من غير سبب جائز.

وكان الشيخ أبو محمد شدد التكبير على فاعل ذلك وهو الصحيح، فعلى هذا لا يعد القضاء.

السجدة الثالثة: سجدة الشكر

وهي مسنونة^(١) عند مفاجأة الإنسان بنعمة أو دفع بلية. ولا يستحب لاستمرار نعمة.

ولو بشر بولد في صلاته فسجد بطلت صلاته، بخلاف التلاوة، فإن لها تعلّقاً بالصلاة.

ثم إن رأى فاسقاً وسجد شكراً على دفع المعصية، فليظهره فلعلّه يرعوى. وإن رأى مبتلى، فلا يظهره كي لا يتأذى به.

فرع: سجود التلاوة في أثناء الصلاة يؤدّى على الراحلة^(٢). فأما في غير الصلاة،

= الكبرى (٣٢٠/٢)، والبخاري في شرح السنة (٥٣/٦)، والقرطبي في تفسيره (١٨٤/١٥)، والسيوطي في الدر المنثور (٣٠٥/٥)، ومشكاة المصابيح (١٠٣٦)، والحاكم في المستدرک (٢١٩/١)، وابن حبان في صحيحه (٦٩١)، وابن كثير في تفسيره (٣٩٩/٥)، (٥٢/٧).

(١) وفيه حديث عن سعد بن أبي وقاص، قال: خرجنا مع النبي ﷺ من مكة نريد المدينة، فلما كنا قريباً من عزوراء نزل، ثم رفع يديه فدعا الله ساعة، ثم خر ساجداً... الحديث إلى: فخررت ساجداً شكراً لربي. أخرجه البيهقي (٣٧٠/٢)، ومشكاة المصابيح (١٤٩٦). وإتحاف السادة المتقين (٤٩٢/١٠)، وكنز العمال (٣١٩٥٩)، وأخرجه عن أبي موسى الأشعري، أبو داود (٢٧٧٥)، قال المنذرى: في إسناده موسى بن يعقوب الزمعي، وفيه مقال. أ.هـ. قاله الشوكاني في نيل الأوطار (١٠٦/٣). ويستدل أيضاً بقصة كعب بن مالك، وهي مطولة في الصحيحين، وسجود أبي بكر لما قتل مسيلمة.

(٢) وفيه حديث عن ابن عمر أن النبي ﷺ قرأ عام الفتح سجدة، فسجد الناس كهم، منهم =

فهل يؤدي على الرحلة؟.

فيه خلاف كما في صلاة الجنائز؛ لأن أظهر أركانه تمكين الجبهة من الأرض
وينمحي بالإيماء، وكذا الخلاف في سجود الشكر.

* * *

الباب السابع: في صلاة التطوع

وفيه فصلان

الأول: في السنن الرواتب تبعًا للفرائض

وهو إحدى عشرة ركعة:

ركعتان قبل الصبح، وركعتان قبل الظهر، وركعتان بعده، وركعتان بعد المغرب،
وركعتان بعد العشاء^(١)، والوتر ركعة.

وزاد آخرون ركعتين آخرين قبل الظهر. وزاد بعضهم أربع ركعات قبل العصر^(٢)،
فيصير العدد سبع عشرة على وفق عدد الفرائض.

=الراكب والساجد في الأرض، حتى إن الراكب ليسجد على يديه. أورده صاحب منتهى
الأخبار، وعزاه لأبي داود. قال الشوكاني: في إسناده مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير،
وقد ضعفه غير واحد من الأئمة. انظر: نيل الأوطار (١٠٢/٣).

(١) وفي المشقة دون الوتر روى البخاري حديث (١١٨٠) عن ابن عمر، رضي الله عنهما، قال:
حفظت من النبي ﷺ عشر ركعات، ركعتين قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب
في بيته، وركعتين بعد العشاء في بيته، وركعتين قبل الصبح كانت ساعة لا يُدخَلُ على النبي
ﷺ فيها. ووقع في حديث عائشة بعده (١١٨١): أربعًا قبل الظهر. وبنحوه أيضًا عن عائشة
عند مسلم (٧٣٠)، وعنده بلفظ: اثنتي عشرة ركعة. حديث (١٠١، ١٠٢، ١٠٣/٧٢٨).

(٢) وفيه حديث أم حبيبة، رضي الله عنها، قالت: سمعت النبي ﷺ يقول: «من صلى أربع ركعات
قبل الظهر، وأربعًا بعدها، حرمه الله على النار». أخرجه النسائي (٢٦٥/٣)، وأحمد
(٤٢٦/٦). الحديث أعله المنذرى وابن قطان، وأنكره أبو الوليد الطيالسي، وصححه الترمذي
من طريق القاسم بن عبد الرحمن، وتعقبه المنذرى، فقال: والقاسم هذا اختلف فيه، فمنهم من
يضعف روايته، ومنهم من يوثقه، وصححه ابن حبان، ورواه الترمذي من طريق آخر، وقال:
حسن غريب.

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعًا: «من صلى أربع ركعات قبل العصر، حرم الله لحمه
على النار». أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٢٢/١، ٢٢٢/٢)، وكنز العمال (١٩٤٠٧)،
١٩٤٠٨، ١٩٤٠٩)، وإتحاف السادة (١٤٩/٥)، وفي الباب أحاديث كثيرة. انظر. نيل
الأوطار (١٧، ١٦/٣).

ولم يواظب رسول الله ﷺ على سنة قبل العصر، حسب مواظبته على ركعتين قبل الظهر، واستحب (*) بعض الأصحاب ركعتين قبل المغرب^(٢). أما الوتر، فسنة، وقال أبو حنيفة: واجب.

وأحكامه خمسة:

الأول: أنه عليه الصلاة والسلام أوتر بواحدة، وثلاث، وخمس، وكذا بالأوتار إلى

(*) المندوب له ألفاظ كثيرة أطلقت في كتب الأصول والفروع استعملت على حسب مراتبها، منها: السنة، والمستحب، والنفل، والتطوع، والرغبة، والإحسان، وقيل: لا يقال له سنة إلا إذا داوم عليه الشارع، كالوتر ورواتب الفرائض. مراتب المندوب:

١ - مندوبات مؤكدة: بحيث يستحق تاركها العتاب واللوم، لكنه لا يستحق العقاب؛ لأنه لا عقاب إلا على ترك واجب، وتسمى سنة مؤكدة، وهي التي واظب عليها النبي ﷺ، وأظهرها في جماعة المسلمين على أنها ليست واجبة، منها صلاة الوتر بعد العشاء، وصلاة الجماعة عند من لم يقل بوجوبها. وتارك هذه السنن وما يماثلها لا يعاقب، وإنما يلام ويعاتب لعناده، وقيل: يعاقب إذا أنكرها.

٢ - مندوبات غير مؤكدة: يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها، ولا يلام ولا يعاتب، وتسمى سنة غير مؤكدة، وهي كل ما فعله النبي ﷺ ولم يداوم عليه، مثل الصدقة الغير واجبة في حالة قدرة المكلف عليها، وصلاة أربع ركعات قبل الظهر وأربع بعدها، وصوم الاثنين والخميس، وغير ذلك.

٣ - الرغائب أو الفضائل أو المحاسن: وهي ما يحسن للمكلف فعلها، ولا يعاقب ولا يلام ولا يعاتب على تركها، وتنحصر في الاقتداء بالنبي ﷺ في أموره العادية، كالأكل والشرب والملبس والمشى والنوم، فالإقتداء به ﷺ في مثل هذه الأمور يعد مكملًا للمكلف ومحسنًا له، وتركها لا يعد إساءة ما لم يرد دليل على أن فعل غيرها يدخل في الكراهة أو التحريم، مثل التشبه بغير المسلمين، أو الترحل للنساء والتخنث للرجال. انتهى. انظر كتابنا المداخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية، مدخل الحكم الشرعي.

(٢) وفيه حديث أخرجه البخاري (ح ١١٨٣) عن عبد الله المزني مرفوعًا: «صلوا قبل المغرب». قال في الثالثة: «لمن شاء» كراهية أن يتخذها الناس سنة. وطرفه عند البخاري (ح ٧٣٦). وأخرجه أبو داود (١٢٨١)، والبيهقي (٤٧٤/٢)، وابن خزيمة (١٢٨٩)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٣/٢)، والدارقطني (٣٦٥/٢)، والبيهقي (٤٧١/٣)، وإتحاف السادة (٣٥٠/٣)، وكسر العمال (١٩٤١٨)، وروى البخاري (ح ١١٨٤) عن عبد الله اليزني، قال: أتيت عقة بن عامر الجهني، فقلت: ألا أعجبك من أبي عويم يركع ركعتين قبل صلاة المغرب، فقال عقة: إنا كنا نفعله على عهد رسول الله ﷺ، فقلت: فما يمنعك الآن، قال: الشغل.

إحدى عشرة^(١).

والنقل متردد في ثلاث عشرة، فلو زاد على هذا العدد، ففي صحة إتياره وجهان: وجه المنع: أن هذه سنة مؤكدة، فيتبع في حدها التوقيف كركعتي الصبح. ووجه الجواز: أن اختلاف فعل رسول الله ﷺ يدل على فتح الباب.

الثاني: إذا زاد على الواحدة، ففي التشهد وجهان: أحدهما: أنه يتشهد تشهدين في

(١) وردت أحاديث في صلاة الوتر، منها:

١ - عن عائشة، أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة، يوتر منها بواحدة. أخرجه مالك (١٩١/١)، وأحمد (٣٥/٦)، ومسلم (ح ٧٣٦/١٢١)، وأبو داود (٨٤/٢)، والنسائي (٢٣٤/٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٨٣/١)، وانظر تنوير الحوالك لابن عبد البر (١٤٧/١).

٢ - عن ابن عمر مرفوعاً: «صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا رأيت أن الصبح يدر كرك، فأوتر بواحدة». أخرجه مسلم (ح ٧٤٩/١٤٥)، ومالك (١٢٣/١)، والبخاري (ح ٩٩٠)، وأبو داود (٨٠/٢)، والترمذي (ح ٤٣٥)، والنسائي (١٢٧/٣)، وابن ماجه (ح ١٣٢٠)، وأحمد (٥/٢)، والدارمي (٤٦٧٤)، والبيهقي (٢١/٣)، وابن حبان (٢٦١٤).

٣ - وعن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام، كان يصلي ثلاث عشرة ركعة، ويوتر من ذلك بخمس، لا يجلس في شيء إلا في آخرها. أخرجه مسلم (٧٣٧/١٢٣)، وأحمد (٢٣٠/٦)، والبيهقي (٢٧/٣)، وأبو داود (٨٥/١)، والترمذي (٢٨٥/١)، والنسائي (٢٤٠/٣).

٤ - وعن عائشة أنه كان يوتر بسبع، وتسع، وخمس. أخرجه أبو داود (١٣٥٩)، والطحاوي في شرح معاني (٢٨٤/١).

٥ - وروى عنها أيضاً أنها قالت: فلما أسن نبي الله ﷺ وأخذ اللحم أوتر بسبع وصنع في الركعتين مثل صنيعه الأول، فذلك تسع يا بني. أخرجه مسلم (٧٤٦/١٣٩)، وأبو داود (١٣٤٢)، والنسائي (٢٤٠/٣)، والبيهقي (٣٠/٣).

٦ - وعن أبي هريرة مرفوعاً: «لا توتروا بثلاث تشبهوا بالمغرب، ولكن أوتروا بخمس أو سبع أو تسع أو بإحدى عشرة، أو أكثر من ذلك». أخرجه الطحاوي (٢٩٢/١)، والبيهقي (٣١/٣)، والحاكم (٣٠٤/١)، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، وافقه الذهبي، وقال الدارقطني: رواه ثقات.

٧ - وعن عائشة: كان يوتر بأربع وثلاث، وست وثلاث، وثمان وثلاث، وعشر وثلاث، ولم يكن يوتر بأقل من سبع، ولا بأكثر من ثلاث عشرة. أخرجه الطحاوي (٢٨٥/١)، والبيهقي (٣٥/٣)، وأبو داود (١٤٣٧). هذا أصح ما روى في الوتر.

تنبيه: وقع خطأ من ناسخ المخطوطة، فكتب: أحد عشرة، وهو خطأ وما أثبتناه هو الصواب، ومثل ذلك تعدد في هذا المصنف، فربما حررنا الصواب دون تنبيه، والله الموفق.

الأخيرتين. والثاني: أنه يتشهد في الأخيرة تشهداً واحداً، كيلا يشتبه بالمغرب إن كان ثلاثاً. وكل ذلك منقول، والكلام في الأولى. نعم لو تشهد في كل ركعة، فهذا لم ينقل.

الثالث: الأفضل في عدد الركعات ماذا؟

فيه أربعة أوجه: أحدها: أنه ثلاثة موصولة أفضل، فإن الركعة المفردة ليست صلاة عند قوم، فليحترز عن شبهة الخلاف.

الثاني: أن ركعة فردة أولى من ثلاثة موصولة، بل من إحدى عشرة موصولة؛ لأنه صح مواظبته على الفردة في آخر التهجد^(١).

الثالث: أن ثلاثة مفصولة بسلامين أفضل من ثلاثة موصولة، ولكن الواحدة ليست أفضل من ثلاثة موصولة.

الرابع: أن الإمام تستحب في حقه الموصولة؛ لاختلاف اعتقاد المقتدين به حتى تصح صلاته في كل مذهب.

الحكم الرابع:

حق الوتر أن يكون موترًا لما قبله: فلو أوتر بواحدة قبل الفرض لم يصح وتره على المذهب، ولو أوتر بواحدة بعد الفرض، فوجهان:

وجه المنع: أن الموتر هو النفل، وكأنه مقدمة مشروطة لصحة الوتر، فإن وصل بهما تسليمة واحدة نوى بالكل الوتر، وإن لم يصل نوى سنة، ثم يصير وترًا بما بعدها.

وليكن الوتر آخر صلوات التهجد. كان عمر، رضي الله عنه، لا يوتر وينام، ثم يقوم ويصلي ويوتر، وكان أبو بكر، رضي الله عنه، يوتر ثم ينام، ويقوم ويتشهد وتره سابق، فترافعا إلى رسول الله ﷺ، فقال: «هذا أخذ بالحزم، عني به أبا بكر، وهذا أخذ بالقوة، عني به عمر»^(٢).

(١) هذا يعني أن الوتر من المنلويات المؤكدة أما عدده ليس كذلك إذ هي مستحبة.

(٢) حديث أبي بكر وعمر، رضي الله عنهما، أخرجه أبو داود (١٤٣٤)، وابن ماجه (١٢٠٢)، والبيهقي (٣٥/٣). أما ما ورد في أوقات صلاة الوتر:

١ - عن خارجة بن حذافة مرفوعاً: «لقد أمدكم الله الليلة بصلاة هي خير لكم من حمر النعم»، قلنا: وما هي يا رسول الله؟ قال: «الوتر فيما بين صلاة العشاء إلى طلوع الفجر». أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٧/٢)، والطبراني (٢٣٨/٤)، وكثير العمال (١٩٥٧٣)، وابن سعد -

وكان ابن عمر يوتر، ثم إذا انتبه صلى ركعة وجعل وتره شفعاً ويتعبد، ثم أعاد الوتر، وسمى ذلك نقض الوتر^(١). واختار الشافعي فعل أبي بكر، رضى الله عنه وأرضاه.

الخامس: القنوت مستحب في الوتر في النصف الأخير من رمضان بعد رفع الرأس من الركوع. وقال أبو حنيفة: يقنت قبل الركوع في الوتر جميع السنة. وقال مالك: بعد الركوع في جميع شهر رمضان.

وفي الجهر بالقنوت خلاف. والعادة قراءة: ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ و﴿قل يا أيها الكافرون﴾^(٢) في الأولين، وقراءة سورة الإخلاص والمعوذتين في الأخيرة. وقيل: إن

= في الطبقات (١٣٩/١/٤)، والحديث قال الشوكاني: أخرجه أيضاً الدارقطني والحاكم وصححه وضعفه البخاري، وقال ابن حبان: إسناده منقطع ومتنه باطل.

٢ - وعن جابر مرفوعاً: «من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله، ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخر الليل، فإن صلاة آخر الليل مشهودة»، وذلك أفضل. رواه مسلم (ح ١٦٢)، ١٦٣، ٧٥٥، والسيوطي في الدر المنثور (٤٠٦/١)، والبيهقي (٣٥/٣)، وابن أبي شيبة (٢٨٢/٢)، والزيلعي في نصب الراية (٢٤٨/١)، والبيهقي (٣٦/٣)، وروى الشافعي في سننه مثله عن علي، كرم الله وجهه، وهو مفهوم من قوله صلى الله عليه وسلم: «اجعوا آخر صلاتكم وتراء، ففعلهم يدل على الجوار، وقد ناقضهم القائلون بعدم الجوار، فاستدلوا به على أنه لا يجوز النقض، قالوا: لأن الرجل إذا أوتر أول الليل فقد قضى وتره، فإذا هو نام بعد ذلك ثم قام وتوضأ وصلى ركعة أخرى، فهذه صلاة غير تلك الصلاة، وغير جائز في النظر أن تتصل هذه الركعة بالركعة الأولى التي صلاها في أول الليل، فلا يصيران صلاة واحدة وبينهما نوم وحدث ووضوء وكلام في الغالب، وإنما هما صلاتان متباينتان كل واحدة غير الأولى، ومن فعل ذلك فقد أوتر مرتين، ثم إذا هو أوتر أيضاً في آخر صلاته صار موترًا ثلاث مرات. أ. هـ. انظر: نيل الأوطار (٤٦/٣).

(١) استدلوا على نقض الوتر بحديث عن ابن عمر أنه كان إذا سئل عن الوتر، قال: أما أنا فلو أوترت قل أن أنام، ثم أردت أن أصلي بالليل شفعت بواحدة ما مضى من وترى، ثم صليت مثني مثني، فإذا قضيت صلاتي أوترت بواحدة؛ لأن رسول الله ﷺ أمرنا أن نجعل آخر صلاة الليل الوتر. عزاه صاحب منتهى الأخبار (٤٦/٣)، وعزاه صاحب الفتح الرباني للإمام أحمد، ورواه الشافعي في الأم (١٢٤/١).

(٢) وفيه حديث أبي بن كعب، قال: كان رسول الله ﷺ يوتر بـ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ و﴿قل يا أيها الكافرون﴾ و﴿قل هو الله أحد﴾، أخرجه أبو داود (ح ١٤٢٣)، والنسائي (٢٤٤/٣)، وابن ماجه (٣٧٠/١)، وأحمد (١٢٣/٥)، وابن الجارود (ص ١٠٣ ح ٢٧١)، والدارقطني (٣١/٢)، والبيهقي (٣٨/٣)، ورواه عن ابن عباس: الترمذي (٣٢٦/٢)، وابن ماجه (٣٧١/١)، والنسائي (٢٣٦/٣)، والبيهقي (٣٨/٣)، وأحمد (٣٠٠/١)، وأبو يعلى (٢٥٥٥)، ورواه عن عائشة: الترمذي (٣٢٦/٢)، وأبو داود (٤٥١/١)، وأبو داود (٤٥٢)، وابن ماجه =

عائشة، رضى الله عنها، روت ذلك^(١).

الفصل الثانى: فى غير الرواتب

وهى تنقسم إلى ما يشرع فيه الجماعة كالعيدين والخسوفين والاستسقاء، وهى أفضل مما لا جماعة فيه، وأفضلها العידان لتأقيتهما، ثم الخسوفان^(٢).

أما الرواتب: فأفضلها الوتر وركعتا الفجر، وفيهما قولان:

أحدهما: أن الوتر أفضل؛ لأنه عليه الصلاة والسلام، قال: «وإن الله زادكم صلاة هي

= (٣٧١/١)، والبغوى فى شرح السنة (٤٩٨/٢)، وروى عن جماعة من الصحابة بأسانيد يشد بعضها بعضاً.

(١) قوله: «وقيل» صيغة تمريض لما فى طرق الرواية من مقال، وله طريقان:

الأول: من طريق خصيف، عن عبد العزيز بن جريج، قال: سألت عائشة: بأى شىء كان رسول الله ﷺ يوتر، قالت: كان يقرأ فى الأولى بـ«سبح اسم ربك الأعلى»، وفى الثانية بـ«قل يا أيها الكافرون»، وفى الثالثة بـ«قل هو الله أحد»، والمعوذتين. رواه الترمذى، وقال: حسن غريب (٣٢٦/٢)، وأبو داود (٤٥١/١، ٤٥٢)، وابن ماجه (٣٧١/١)، والبغوى (٤٩٨/٢).

قلت: خصيف هذا هو خصيف بن عبد الرحمن الجزرى. قال الذهبى: مكث عن التابعين، ضعفه أحمد وغيره. انظر: المغنى فى الضعفاء (١٩١٢)، ديوان الضعفاء (١٢٦٩).

والطريق الثانى: يحيى بن أيوب، عن يحيى بن سعيد، عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة بمثل الأول.

قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبى، وصححه ابن حبان، وقال الحافظ فى التلخيص (١٩/٢): وتفرد به يحيى بن أيوب، وفيه مقال ولكنه صدوق. وقال العقلى فى الضعفاء (٣٩/٤): إسناده صالح، ولكن حديث ابن عباس وأبى بن كعب بإسقاط المعوذتين أصح، وقال ابن الجوزى: أنكر أحمد ويحيى بن معين زيادة المعوذتين، وروى ابن السكن فى صحيحه له شاهدًا من حديث عبد الله بن سرجس بإسناد غريب. أ.هـ. انظر: ابن حبان (٦٧٥ - موارد)، والدارقطنى (٣٥/٢)، والحاكم (٣٠٥/١)، والبيهقى (٣٧/٣)، والبغوى (٤٩٨/٢)، والطحاوى (٢٨٥/١).

(٢) حقيقة الخسوف: ذهاب الضوء، يقال: خسف القمر: ذهب ضوءه أو نقص. والخسوف حقيقة فى القمر؛ لأن ضوءه من ضوء الشمس، وكسوفه بحيلولة ظل الأرض بين الشمس وبينه، فلا يبقى فيه ضوء البتة، ولكن أولى الألفاظ به هو الخسوف؛ لأنه لا ضوء له أصلاً، أما الشمس فأولى الألفاظ به إذا حجب ضوء القمر هو: الكسوف؛ لأنه لم يتغير بالحجب لاستفادة ضوءها من جرمها. فيكون الكسوف احتجاب نور الشمس أو نقصانه بوقوع القمر بينها وبين الأرض، وهو للشمس كالخسوف للقمر. انظر: المعجم الوسيط (٧٨٧/٢) مادة (كسفت).

خير لكم من حمر النعم»^(١).

والثاني: ركعتا الفجر أفضل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها»^(٢).

فأما ما عدا الرواتب مما لا تشرع الجماعة فيها كصلاة الضحى وتحية المسجد، وركعتي الطواف، وسائر التطوعات التي لا سبب لها.

وفي التراويح ثلاثة أوجه: أحدها: أن الجماعة أولى؛ تأسيساً بعمر، رضى الله عنه^(٣). والثاني: الانفراد أولى؛ لأن الاستخلاء بصلاة الليل أبعد من الرياء^(٤).

والثالث: أنه إن كان لا يخاف الكسل ويحفظ القرآن فالانفراد أولى وإلا فالجماعة. وقد قال ﷺ: «فضل تطوع الرجل في بيته على تطوعه في المسجد كفضل صلاة المكتوبة

(١) سبق تخريجه.

(٢) الحديث عن عائشة مرفوعاً بنفس اللفظ أخرجه مسلم (٧٢٥/٩٦)، والترمذى (٤١٤)، والنسائى (٢٥٢/٣)، والبيهقى (٤٧٠/٢). وروى عن أبى هريرة مرفوعاً بنفسه: «لا تدعوا ركعتي الفجر ولو طردتكم الخيل». أبو داود (١٢٥٨)، وأحمد (٤٠٥/٢). وروى عن عائشة، قالت: «لم يكن النبي ﷺ على شيء من النوافل أشد تعاهداً منه على ركعتي الفجر». البخارى (١٢٩/٢)، ومسلم (٥٠١/١)، وأبو داود (٤٤/٢)، والنسائى (٢٥٢/٣)، والبيهقى (٤٧٠/٢).

(٣) المشهور أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، هو الذى جمع الناس على التراويح فى رمضان، فتأسى الناس به، وهذا لا يصح؛ لأن الذى سن التراويح وجمع الناس عليها هو رسول الله ﷺ، ثم لم يخرج إليهم بعدما اعتادوا على صلاتها جماعة خلفه ﷺ، فلما أصبح قال: «رأيت الذى صنعتكم فلم بمعنى من الخروج إليكم إلا أنى خشيت أن تفرض عليكم»، وكان ذلك فى رمضان فكان فعلها فى المسجد منه ﷺ لييان الجواز، فلما كان الناس فى زمن عمر يصلونها فى المسجد جماعات أنكر ذلك عليهم وجمعهم على إمام واحد فى المسجد، والله أعلم.

(٤) ليس الانفراد بها فى البيت أبعد من الرياء فحسب، وأيضاً هى أفضل لقوله ﷺ: «أفضل الصلاة صلاتكم فى بيوتكم إلا المكتوبة». أخرجه البخارى (ح ٧٣١)، ومسلم (ح ٧٨١/٢١٣)، وأبو داود (١٤٤٧)، والترمذى (٤٤٩)، والنسائى (١٩٨/٣)، وأحمد (١٨٢/٥). والذى احتج بجمع عمر الناس عليها نقول لا صوت فوق صوت النبى، لذا قال عمر ما تعصم من النبى: «والنبى تنامون عنها أفضل». أخرجه البخارى (ح ٢٠١٠).

وأغلب ما نراه فى زماننا من جماعات التراويح مليئة بالملكرات التى تفسدها أو تبطلها، والناس خلع منها لباس الخشوع والخضوع للرحمن، وليس مكانه الخشوع والخضوع للأصوات والصور، وما تعبد بهما إلا المثلثة. وهذه المسألة تحتاج إلى رسالة خاصة ليس هنا موضعها.

فى المسجد على صلاته فى بيته^(١)، وروى أنه قال: «صلاة فى مسجدى هذا أفضل من مائة صلاة فى غيره من المساجد، وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من ألف صلاة فى مسجدى، وأفضل من ذلك كله رجل يصلى فى زاوية بيته ركعتين لا يعلمهما إلا الله»^(٢).

قواعد ثلاثة: الأولى: التطوعات التى لا سبب لها لا حصر لركعاتها، فإن تحرم بركة جاز له أن يتمها مائة بتسليمة واحدة، وإن تحرم بمائة جاز له أن يقتصر على واحدة فما فوقها، وله أن يشهد بين كل ركعتين، أو فى كل ركعة، أو فى آخر الصلاة فقط. والأولى من التطوعات مثني مثني على نهج الرواتب^(٣).
الثانية: فى قضاء النوافل ثلاثة أقوال^(٤):

(١) الحديث أخرجه الزبيدى فى إتحاف السادة المتقين (٤١٨/٣)، والعراقى فى المغنى عن حمل الأسفار (٢٠٢/١)، وذكرنا من قبل أحاديث صحيحة فى ذلك تغنى عن هذا.
(٢) لم يوجد حديث بهذا اللفظ، بل هو خطأ، والذي رواه الناس بلفظ: «صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»، وله ألفاظ أخرى لا تخرج عن المعنى والمضمون هذا، ومن غير هذه الزيادة التى أوردها المصنف، والتى لم أجدها هكذا بمجموعها. أخرجه مسلم كتاب الحج (ح ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٨، ٥٠٩، ١٣٩٤، ١٣٩٥)، والبخارى (٧٦/٢)، والترمذى (٣٢٥٠، ٣٩١٦)، والنسائى كتاب الحج باب (١٢٠)، وابن ماجه (١٤٠٤، ١٤٠٦)، ومالك (١٩٦)، وأحمد (١٨٤/١، ٢٥٦/٢، ٢٧٧، ٤١٦، ٤٨٤)، والبيهقى (٢٤٦/٥، ٨٣/١٠)، وعبد الرزاق (٩١٣٦، ٩١٣٨)، وإرواء الغليل (١٤٣/٤).
وروى: «صلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة». أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه (١٥٨٩١)، ولفظ: «خير من مائة فيما سواها»، البخارى فى التاريخ الصغير (٣٠٩/١)، ولفظ: «أفضل من مائة صلاة فى مسجدى هذا»، ابن ماجه (١٤٠٦)، والبيهقى (٢٤٦/٥)، وابن عبد البر فى التمهيد (٢٥/٦)، والزبيدى فى الإتحاف (٢٨٤/٤)، والسيوطى فى الدر المشور (٥٣/٢، ٥٤)، ولفظ: «أفضل من ألف» أخرجه الهيثمى فى مجمع الزوائد (٥/٤)، هكذا مفرقاً بين الصحيح والضعيف.

(٣) قوله: والأولى، لا يكون إلا بين متماثلين فيهما فاضل ومفضول، وليس الحال هاهنا كذلك، إذ لا تماثل بين قوله فى القاعدة الأولى، وهو قول مخترع لا أصل له، ولا دليل عليه، ولا نقل عن الرسول ﷺ ولا عن الصحابة والتابعين، ولا عن الأئمة مثله، ولا حجة إلا فى قوله وفعله وتقريره ﷺ، وبين ما نقل عنه ﷺ وعن صحابته فى الصلاة مثني مثني على ما سقناه من أدلة سابقاً، والله أعلم.

(٤) قضاء النوافل ليس قياماً على الفرائض، بل ورد فى ذلك أحاديث منها ما رواه الترمذى (٤٢٣)، والحاكم (٢٧٤/١)، والبعوى فى شرح السنة (٣٣٥/٣)، والمتقى الهندى فى كنز =

أحدها: أنها تقضى قياساً على الفرائض. والثاني: لا، والأصل أن القضاء يجب بأمر مجدد. فأما الفرائض، فإنها ديون لازمة. والثالث: ما تأقت بوقت ولم يتبع فريضة كصلاة العيد والضحي يقضى، والتابع لا يقضى^(١).

=العمال (١٩٣٣١)، والقرطبي في تفسيره (٣٠٤/٢)، عن أبي هريرة مرفوعاً: «من لم يصل ركعتي الفجر فليصلهما بعدما تطلع الشمس». قال صاحب منتقى الأخبار: وقد ثبت أن السيّد قضاها مع الفريضة لما نام عن الفجر في السفر. أ.هـ. وفي ركعتي الفجر أحاديث أخر. قضاء سنتي الظهر: عن عائشة أن النبي ﷺ كان إذا لم يصل أربعاً قبل الظهر صلاهن بعدها. رواه الترمذى، وقال: حسن غريب (٤٢٦)، والبغوى في شرح السنة (٤٦٦/٣). وعنهما أيضاً بلفظ: «كان إذا فاتته الأربع قبل الظهر صلاهن بعد الركعتين بعد الظهر». ابن ماجه (١١٥٨)، والطبرانى في الصغير (٩/٢)، والمتقى في كنز العمال (١٧٩١٧)، سرد الشوكاني سنده، وقال: كلهم ثقات إلا قيس بن الربيع، ففيه مقال وقد وثق. وروى عن أم سلمة حديثاً فيه أنه قضى سنة الظهر بعد صلاة العصر، وكان قد نهى عن الصلاة بعد العصر، فأرسلت جاريتها تسأله، فقال: «أتأتى ناس من بنى عبد القيس فشغبوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر فهما هاتان». أخرجه الزبيدي في إتحاف السادة (١٧٨/٥)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٧/١)، شرح معاني الآثار (٣٠٢/١). وكذلك ورد في القضاء للعصر.

صلاة الليل: وعن عائشة: كان إذا فاتته الصلاة من الليل من وجع أو غيره، صلى من النهار ثنتي عشرة ركعة. أخرجه مسلم (٧٤٦/١٤٠)، والبيهقى (٤٨٥/٢)، ومثله عند أحمد (٢٥٨، ٩٥/٦).

(١) الأحاديث التي سبق ذكرها تدل على مشروعية قضاء النوافل الراتبة والظاهرة، سواء فاتت لعذر أو لغير عذر. وقد اختلف العلماء في ذلك على أقوال، أحدها: استحباب قضائها مطلقاً، سواء كان الفوت لعذر أو لغير عذر؛ لأنه ﷺ أطلق الأمر بالقضاء ولم يقيد بالعذر. وقد ذهب إلى ذلك من الصحابة عبد الله بن عمر، ومن التابعين عطاء، وطاوس، والقاسم بن محمد، ومن الأئمة ابن جريج، والأوزاعي، والشافعي في الجديد، وأحمد، وإسحاق، ومحمد بن الحسن، والمزنى.

والقول الثاني: أنها لا تقضى، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وأبي يوسف في أشهر الروايتين عنه، وهو قول الشافعي في القديم، ورواية عن أحمد، والمشهور عن مالك قضاء ركعتي الفجر بعد طلوع الشمس.

والقول الثالث: التفرقة بين ما هو مستقل بنفسه كالعيد والضحي فيقضى، وبين ما هو تابع لغيره كرواتب الفرائض، فلا يقضى، وهو أحد الأقوال عن الشافعي. والقول الرابع: إن شاء قضاها وإن شاء لم يقضها على التخير، وهو مروي عن أصحاب الرأي ومالك.

القول الخامس: التفرقة بين الترك لعذر نوم أو نسيان فيقضى، أو لغير عذر فلا يقضى، وهو =

فإن فرعنا على القضاء فالصحيح أنه يقضى أبدًا، وقيل: إن فائت النهار يقضى بالنهار، وفائت الليل بالليل، ولا يتجاوز ذلك^(١).

وقيل: تقضى نافلة كل صلاة ما لم يدخل وقت فريضة أخرى، أما ركعتا الصبح، فتؤدى بعد فعل الصبح، ولا يكون قضاء، فإن تقلبه أدب.

الثالث: يؤدى النافلة قاعدًا مع القدرة على القيام، وفي الاضطجاع خلاف.

ولو قال: لله على أن أقوم في كل نافلة. لم يلزمه، كما لو التزم الإمام والصوم في السفر، فإن هذا تغيير الشرع، بخلاف ما لو قال: لله على أن أصلي أربع ركعات قائمًا، فإن ذلك يلزمه، ولو لم يقل: قائمًا، وقلنا: النذر يُنزل على واجب الشرع لا على جائزه يلزمه.

* * *

=قول ابن حزم، وامتنع بعموم قوله: «من نام عن صلاته» الحديث. وأجاب الجمهور أن قضاء التارك لها تعملاً من باب الأولى. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (٢٦/٣).

(١) هذا القول خلاف الأدلة التي ذكرناها من قبل.

كتاب الصلاة بالجماعة وحكم القدوة والإمامة

وفيه أربعة^(١) أبواب:

الباب الأول

فى فضل الجماعة^(٢)

وهى مستحبة غير واجبة إلا فى صلاة الجمعة. وهى واجبة عند داود وأحمد. وقال بعض أصحابنا: هى فرض على الكفاية^(٣).

(١) كذا بالأصل، ولعله خطأ من الناسخ أو سهو؛ لأن المنقول فى واقع المصنف: ثلاثة.

(٢) الجماعة: العدد الكثير من الناس. انظر: المعجم الوسيط (١/١٣٥).

وشرعاً: الارتباط الحاصل بين الإمام والمأموم، والاعتصام بدين الله على نور من الله رجاء ثواب الله.

(٣) المذهب الأول: أنها سنة: وهو المشهور عن بعض المحققين، كابى حامد مصنف هذا الكتاب، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة، واحتجوا بما يأتى:

أولاً: بقوله ﷺ: «صلاة الجماعة أفضل من صلاة العذ بسبع وعشرين درجة». أخرجه البخارى (١/١٦٦)، والنسائى (٢/١٠٣)، وأحمد (٣/٥٥)، والبيهقى (٣/٦٠)، وبدائع المنن (٣٥٥)، وكنز العمال (٢٠٢١٤، ٢٠٢١٥، ٢٠٢٥٧)، ومالك (١٢٩)، وابن عبد البر فى التمهيد (٤/٢١٩)، وجه الدلالة أن المفاضلة إنما تكون حقيقتها بين فاضلين جازئين، والأفضلية تقتضى الندبية.

ثانياً: قالوا: الجماعة خصلة مشروعة فى الصلاة لا تبطل الصلاة بتركها، فلا تكون مفروضة كسائر السنن المشروعة فى الصلاة.

ثالثاً: قال ﷺ: «صلاة الرجل مع الرجل أفضل من صلاته وحده، وصلاته مع الرجلين... الحديث. أخرجه النسائى (الإمامة ب ٤٥)، والبيهقى (٣/٦٨)، وابن حجر فى تنخيص الحبير (٢/٢٦)، وأخرج نحوه البخارى (١/١٦٦)، ومسلم (المساجد ب ٤٩) رقم (٢٧٢)، وأبو داود (الصلاة ب ٤٩)، وابن ماجه (٧٨٦، ٧٨٨، ٧٩٠)، والطبرانى (٤١/٨). ووجه الدلالة أنه لا يحسن أن يقال الإتيان بالواجب أفضل من تركه، وتفضيل أحد الفعلين على الآخر يشعر بتجوزيهما جميعاً. ويحاج عن الحديثين بأنهما محمولان على من أراد الانفراد فى صلاته بعد أن أقيمت الجماعة، فالجماعة فى حقه سنة لسقوط الطلب بالجماعة التى أقيمت قبل فعه.

المذهب الثانى: واجبة: أى فرض عين، وهو مذهب عطاء، والأوزاعى، وإسحاق، وأحمد، وأبى ثور، وابن عزيمة، وابن المنذر، وابن حبان، وأهل الظاهر، واختلفوا فبعضهم قال: هى شرط فى صحة الصلاة كداود ومن تبعه، ورواية عن أحمد، وقال الباقر: هى فرض عين غير مشروط، وهو أحد قولى الشافعى، واحتجوا بما يأتى:

سأولاً: بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾ الآية، ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر بالجماعة في حال الخوف، ولم يرخّص في تركها، فدل ذلك على وجوبها عيناً ثانياً: بما رواه أبو هريرة مرفوعاً: «إن أنقل الصلاة على المنافقين صلاة العشاء وصلاة الفجر، ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حيوياً، ولقد هممت أن أمر بالصلاة فتقام ثم أمر رجلاً فيصلي بالناس ثم أنطلق معي برجال معهم حزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار». أخرجه مسلم (ح ٢٥٢/٦٥١)، وأحمد (٤٦٦/٢، ٤٧٢، ٥٣١، ١٤٠/٥)، والبيهقي (٥٥/٣)، وابن عزيمة (١٤٧٦، ١٤٨٤)، ووجه الدلالة أنه لما تواعد على التحلف عنها دل على وجوبها عينا.

ثالثاً: وما روى عن ابن عباس مرفوعاً: «من سمع النداء فلم يأت به فلا صلاة له إلا من عذر». أخرجه البيهقي (٥٧/٣، ١٧٤، ١٨٥)، وابن حبان (٤٢٦)، والحاكم (٢٤٥/١)، والبيهقي (٤٢/٢)، والبخاري (٣٤٨/٣)، وإرواء الغليل (٣٣٧/٢).

رابعاً: وما روى عن ابن أم مكتوم أنه سأل النبي ﷺ رخصة؛ لأنه ضريح، فقال له: «هل تسمع النداء؟» قال: نعم، قال: «لا أجد لك رخصة». أخرجه مسلم (المساجد ٢٥٥)، وأبو داود (٥٥٢)، والبيهقي (٥٧/٣، ٦٦)، وابن ماجه (٧٩٢)، والحاكم (٢٤٧/١، ٦٣٥/٣).

خامساً: وما روى موقوفاً على علي بن أبي طالب، رضي الله عنه: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد». أخرجه البيهقي (٧٥/٣، ١١١)، والدارقطني (٤٢٠/١)، والحاكم (٢٤٦/١)، وتلخيص الحبير (٣١/٢)، وإرواء الغليل (٢٥١/٢)، والسلسلة الضعيفة (١٨٣)، وكشف الخفا (٥٠٩/٢).

سادساً: قالوا: إنها صلاة مفروضة، فوجب أن تكون في الجماعة فيها واجبة قياساً على الجمعة. ويحجب عن هذا بما يأتي:

أما الآية، فإن المراد بها تعليم صلاة الخوف، وبيانها عند ملاقة العدو؛ لأن ذلك أبلغ في حراستهم؛ لأنهم لو صلوا منفردين اشتغل كل واحد منهم بنفسه، فلم تؤمن سطوة العدو عليهم عند انتهاز الفرصة منهم بشغلهم. قلت: ولم يجوز الشرع أصلاً أن تصلي جماعة حاضرة فرادى، ولو أمروا أن يصلوا معاً، لأدى ذلك إلى الظفر بهم، فأمر الله تعالى بما في الآية، فدل على أن ذلك ليس دليلاً على وجوب الجماعة عينا.

وأما الجواب عن حديث تحريق من لا يشهد الصلاة، فمن وجهين، الأول: أنه قال: «ولقد هممت»، فلو كانت الجماعة فرضاً لما تركها للذهاب للتحريق، ولم يحرق بالمعل. قال الباجي وغيره: إن الخبر ورد مورد الزجر، وحقيقته غير مراده، وإنما المراد المبالغة، ويرشد إلى ذلك وعيهم بعقوبة لا يعاقبها إلا الكفار، وقد انعقد الإجماع على منع عقوبة المسلمين بذلك، وأيضاً لو كان التحريق واجباً ما تركه ﷺ. الوجه الثاني: أن هذا ورد في المنافقين الذين يتحلفون عن صلاة الجماعة ولا يصلون فرادى، فالوعيد بالتحريق لترك الصلاة بالكلية.

وأما الجواب عن حديث: «من سمع النداء» (ح ابن عباس)، فالمراد نداء الجمعة، وفيه الآية من سورة الجمعة.

وفيها خمس مسائل:

الأولى: الجماعة في الجمع الكثير أفضل، إلا إذا تعطل في جواره مسجد، فإحياءه ولو بجمع قليل أفضل.

الثانية: تحوز المرأة فضل الجماعة، اقتدت برجل أو امرأة، قال عليه الصلاة والسلام: «تقف إمام النساء وسطهن»^(١)، وكانت عائشة، رضى الله عنها، تفعل كذلك^(٢). وقال أبو حنيفة: الانفراد والجماعة في حقها سواء.

وأما الجواب عن حديث ابن أم مكتوم، فيحمل على أمرين، الأول: صلاة الجمعة، والثاني: أنه سأل عن الأفضل.

أما حديث على، رضى الله عنه، فمحمول إما على نفى الكمال، أو أنه لا صلاة في بيته بصلاة الإمام في المسجد، وهذا هو الأرجح؛ لأنه مقيد بمجار المسجد. وأما الجواب على قياسهم على الجمعة، فباطل؛ لأن الجماعة شرط في صحة الجمعة، ولما لم تكن الجماعة سقطت الجمعة، فهل تسقط سائر الصلوات بعدم الجماعة؟ قالوا: لا. قلنا: فما لم تكن الجماعة شرط في صحة الصلوات الجمعة، لم تكن واجبة على الأعيان لصحتها منهم من غير جماعة.

المذهب الثالث: فرض على الكفاية. واحتجوا بما يلي:

أولاً: بقوله ﷺ: «ما من ثلاثة في قرية ولا بدو لا تقام فيهم الجماعة إلا استحوذ عليهم الشيطان، أى غلب، فعليكم بالجماعة، فإنما يأكل الذئب من الغنم القاصية». وروى: «ولا تقام فيهم الصلاة». رواه أبو داود (الصلاة ب٤٧)، والنسائي (١٠٦/٢)، والبيهقي (٣٤٧/٣)، والسيوطي في الدر المنثور (١٨٦/٦)، وتلخيص الحبير (٢٦/٢). ووجه الاستدلال أن فيه وعيد على ترك الجماعة، ودل قوله: «لا تقام فيهم» على أنها فرض على الكفاية، ولو كانت فرض عين لقال: لا يقيمون.

ثانياً: احتجوا بحديث مالك بن الحويرث، قال: أتينا رسول الله ﷺ ونحن شبيبة متقاربون، فأقمنا عنده عشرين ليلة، وكان رسول الله ﷺ رحيماً رفيقاً، فظن أنا اشتقمنا أهلنا، فسألنا عن ترك من أهلنا فأخبرنا، فقال: «ارجعوا إلى أهليكم فأقيموا فيهم وعلموهم ومدوهم، فإذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم، ثم ليؤمكم أكبركم». أخرجه البخاري (١٠٧/٩)، ومسلم (المساجد ٢٩٢)، والدارقطني (٢٧٣/١)، وابن عزيمة (٣٩٧)، وإرواء الغليل (٢٢٨/١). فهذا يدل على أنها ليست سنة وليست عيناً، بل كفاية. انتهى.

انظر تفصيل ذلك في: نيل الأوطار (١٢٣/٣ - ١٣٠)، سبل السلام (٤٠٨/٢ - ٤١٤)، بداية المجتهد، الباب الثاني من الجملة الثالثة، الفصل الأول.

(١) لم ينسب أحد ممن جمع السنة هذا الخير لرسول الله ﷺ، والله أعلم.

(٢) أما فعل عائشة، فقد رواه عنها الليث بن عطاء، أخرجه الشافعي في الأم (١٤٥/١)، وعن صفوان أنه قال: إن من السنة أن تصلي المرأة بالنساء تقوم في وسطهن. البيهقي (١٣١/٣). وروى الدارقطني نحوه عن ربيعة الحنظلية (٤٠٤/١)، وعبد الرزاق (١٤٠/٣، ١٤١)، والزيلعي في نصب الراية (٣٠/٢ - ٣٢).

الثالثة: وردت رغائب في فضيلة التكبير الأولى، وذلك بشهود المقتدى تحرّم الإمام واتباعه له. وقيل: مدرك الركوع مدرك لفضيلتها. وقيل: لا بد من إدراك القيام.

أما فضيلة الجماعة، فتحصل بأن يدرك الإمام في الركوع الأخير، ولا تحصل بما بعده؛ لأنه ليس محسوباً له في صلاته.

الرابعة: إذا أحس الإمام بداخل في الركوع فمده ليدركه الداخل، فثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك لا يجوز، بل لو طول بطلت صلاته. والثاني: أنه لا يطل، ولكن يكره. والثالث: أنه يستحب، ولكن بشرط أن لا يظهر التطويل، وأن لا يميز بين داخل ودخل.

الخامسة: من صلى في جماعة لم يستحب له إعادتها في جماعة أخرى على الصحيح(*)، فأما المنفرد فيعيد بالجماعة. ثم الفرض أيهما^(١)؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه الأولى؛ لسقوط الخطاب به، وعلى هذا لا ينو في الثانية الفرضية، بل يكون ظهراً نفلًا، كما في حق الصبي.

وقيل: إن كان في المغرب يزيد ركعة، حتى لا يبقى وترًا، فإن الأحب في النوافل الشفع^(٢).

الثاني: أن الفرض أحدهما لا بعينه يحتسب الله تعالى أيهما شاء، فعلى هذا ينو الفرض في الثاني.

(*) منشأ الخلاف تعارض مفهوم الآثار في ذلك، وذلك أنه ورد أنه عليه الصلاة والسلام قال: ولا تصلي صلاة في يوم مرتين». أخرجه أحمد (١٩/٢، ٤١)، وأبو داود (ح ٥٧٩)، والنسائي (١١٤/٢)، والدارقطني (٤١٥/١)، وابن أبي شيبة (٢٧٨/٢، ٢٧٩)، وابن خزيمة (١٦٤١)، وابن حبان (٢٣٨٩)، وابن عبد البر في التمهيد (٢٤٤/٤)، والزيلعي في نصب الراية وصححه (١٤٨/٢)، وصححه ابن السكن كما قال ابن حجر في تلخيص الحبير (١٥٦/١)، كلهم عن ابن عمر.

وروى عنه أنه أمر الذين صلوا في جماعة أن يعيدوا مع الجماعة الثانية. أخرجه الترمذي (٢٢٠)، والحاكم (٢٠٩/١)، والبيهقي (٣٠٣/٢)، وأحمد (٦٤/٣، ٤٥/٥)، وأبو داود (٥٧٤) كلهم عن أبي سعيد الخدري. هذا ولكل من المختلفين تأويلات منها ما يجمع بين الأخبار ومنها ما يرجح بعضها على بعض.

(١) قوله: وثم الفرض أيهما؟، أي فيما صلاه منفردًا أم الإعادة في جماعة.

(٢) أي الشفع قبل العشاء للنهي عن الوتر قبل العشاء كما تفعله الشيعة، أما بعد العشاء فقد علمت أن أفضل النوافل الوتر لا الشفع.

قاعدة: لا رخصة في ترك الجماعات إلا بعذر^(١) عام، كالمطر مع الوحل، والريح العاصفة بالليل^(٢)، دون النهار^(٣)، أو خاص مثل أن يكون مريضاً، أو جائعاً، أو مريضاً، أو هارباً من السلطان، أو مديوناً معسراً يحذر الخيس، أو حافظ مال^(٤)، أو منشد ضالة، أو عليه قصاص يرجو العفو عند سكون الغليل، أو كان حاقناً، وقد قال ﷺ: «لا يصلين أحدكم وهو زناء»، وروى: «وهو ضائم وركيه»^(٥)، أى حاقناً، وقيل: إنه إذا ألحقته الحاجة بحيث تبطل الخشوع، لم تصح صلاته.

* * *

(١) هذا يدل على أن صلاة الجماعة عنده سنة مؤكدة، وقد سبق تعريف المؤكدة، في مراتب السنة بتحقيقنا.

(٢) يدل على ذلك حديث ابن عمر، قال: كان رسول الله ﷺ يأمر المؤذن إذا كانت ليلة باردة أو ذات مطر يقول: «ألا صلوا في الرحال». أخرجه البخاري (١٧٠/١)، ومسلم (صلاة المسافرين ب ٣ رقم ٢٢، ٢٣، ٢٤)، وأبو داود (١٠٦٢)، والنسائي (١٥/٢)، والبيهقي (٧٠/٣)، والبخاري في شرح السنة (٣٥١/٣، ٣٥٢)، والشافعي في مسنده (٥٣)، وإرواء الغليل (٣٣٩/٢).

قال الشوكاني: قال أهل اللغة: الرحل المنزل، وجمعه رحال، سواء كان من حجر، أو مندر، أو خشب، أو وبر، أو صوف، أو غير ذلك. وفيه أن كل من الثلاثة عذر في التأخر عن الجماعة، ونقل ابن بطال الإجماع عليه، وقيد الشافعية الثلاثة بالليل. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (١٥٥/٣).

(٣) قال الشوكاني: وفي السنن من طريق أبي إسحاق، عن نافع في هذا الحديث في الليلة المطيرة والغداة القرة. وفيها بإسناد صحيح من حديث أبي المليلح، عن أبيه أنهم مطبوا يوماً فرخص لهم. وكذلك في حديث ابن عباس المذكور في الباب في يوم مطير. قال الحافظ: ولم أر في شيء من الأحاديث الترخيص لعذر الريح في النهار صريحاً. انظر: نيل الأوطار (١٥٦/٣).

(٤) من أدلة ذلك ما رواه ابن عمر مرفوعاً: «إذا كان أحدكم على الطعام، فلا يعجل حتى يقضى حاجته منه، وإن أقيمت الصلاة». أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٢/١)، والبيهقي (٧٤/٣)، والطحاوي في مشكل الآثار (٤٠١/٢)، وابن حجر في الفتح (١٥٩/٢).

(٥) الحديث لم أحده بلفظ: «زناء»، وهو بمعناه روى عن عائشة مرفوعاً: «لا صلاة بمحصرة طعام، ولا وهو يدافع الأخبثين». أخرجه مسلم (المساجد ب ١٦ رقم ٦٧)، والبيهقي (٧٣/٣)، وكنت العمال (٢٠٠٦١)، ونصب الراية (١٠١/٢)، وتلخيص الحبير (٣٢١/٢)، والعراقي في المغني (١٥٦/١، ١٧٥). وروى أبو هريرة مرفوعاً: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يصلّي وهو حقن حتى يتخفف». أخرجه أبو داود (٩١)، والحاكم (١٦٨/١)، والعراقي في المعنى (١٥٦/١)، والمتقى في كنز العمال (٢٠٠٧٠)، والترمذي (١٨٩/٢)، وابن ماجه (٢٠٢/١).

الباب الثاني: في صفات الأئمة

وفيه فصلان:

الفصل الأول

فيمن يصح الاقتداء به

وكل من لا تجزئ صلاته عن وجوب القضاء، فلا يصح الاقتداء به كمن لم يجد ماء ولا تراباً، ولو اقتدى به مثله ففيه تردد.

ومن صحت صلاته في نفسه صح الاقتداء به إلا المقتدى، والمرأة، والأُمى، فيصح الاقتداء بالصبي^(١)، والرقيق، والمتيمم، والمريض القاعد، ويقف المقتدى قائماً، ويصح الاقتداء بالأعمى وهو أولى من البصير؛ لأنه أخشع خلافاً لأبي حنيفة. أما المقتدى، فهو تابع، فلا يُقتدى به.

وأما المرأة، فلا يقتدى الرجل بها^(٢)، وإن كان محرماً، ولا بالخنثى، ولا يقتدى الخنثى بالخنثى، فإن اقتدى بخنثى ثم بان بعد الصلاة كونه رجلاً، فأصح القولين وجوب القضاء؛ لأن التردد منع الصحة في الابتداء. أما المرأة فتقتدى بالرجل وبالخنثى.

ولا بأس بحضور العجز المسجد، ووقوفها في آخر الصف، ومن العلماء من كره ذلك.

أما الأُمى، وهو الذي لا يحسن الفاتحة أو شيئاً منها، فيصح اقتداء الأُمى به، ولا يصح للقارئ الاقتداء به على الجديد؛ لأنه بصدد تحمل الفاتحة عن المسبوق. ويجوز في القديم، وهو مذهب المزني، وهو مقتضى قياس الاقتداء بالمتيمم والمريض.

وخرج قول ثالث: إنه لا يجوز في الجهرية على قولنا: إن المأموم في الجهرية لا يقرأ، ويجوز في السرية.

(١) وذلك لحديث عمرو بن سلمة، أنه كان يؤم قومه وهو صبي. أخرجه البخاري (٦١٦/٧) كتاب المغازي (ح ٤٣٢٠)، وأبو داود (ح ٥٨٥)، والنسائي (٨٠/٢)، والبيهقي (٩١/٣)، وابن خزيمة (١٥١٢).

(٢) فيه حديث ضعيف في إسناده عبد الله بن محمد التميمي. قال البخاري: منكر الحديث، عن جابر مرفوعاً: «لا تؤمن امرأة رجلاً...» الحديث. رواه البيهقي (٩٠/٣)، وابن ماجه (١٠٨١)، والألباني في إرواء الغليل (٣٠٣/٢)، قال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به. انظر: نيل الأوطار (١٦٣/٣).

فرعان: أحدهما: من يحسن النصف الأول من الفاتحة لا يقتدى بمن لا يحسن إلا النصف الأخير؛ لأنه أُمِّي في بعض ما يحسنه المقتدى، والأُمِّي في حرف كالأُمِّي في الكل.

الثاني: لو تبين بعد الصلاة أنه كان أُمِّيًا لم يلزمه القضاء، كما لو بان كونه جنبًا أو محدثًا، ولو بان كونه امرأة، أو كافرًا، لزمه القضاء؛ لأن ذلك مما تظهر علامته غالبًا ولا يعرف بصلاته كونه مسلمًا ما لم يسمع منه كلمة الشهادة، ولو بان كونه زنديقًا فوجهان؛ لأن ذلك يخفى في غالب الأمر.

الفصل الثاني: فيمن هو أولى بالإمامة

قال عليه السلام: «يؤمكم أقرؤكم، فإن لم يكن فأعلمكم بالسنة، فإن لم يكن فأقدمكم سنًا»^(١)، إلا أن الأفقه مُقدم على الأقرأ؛ لأن حاجة الصلاة إلى الفقه أكثر، والفقيه أيضًا مُقدم على المشهور بالورع لذلك، وإن كان الورع مُقدمًا على الفقيه الفاسق، وقدم رسول الله ﷺ الأقرأ^(٢)، إذ كان أقرأهم في ذلك العصر أفقهم.

(١) الحديث عن أبي مسعود عقبة بن عمرو البدرى الأنصارى، بلفظ: «يؤم القوم أقرؤهم بكتاب الله، فإن كانوا في القراءة سواء، فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا في السنة سواء، فأقدمهم هجرة، فإن كانوا في الهجرة سواء، فأقدمهم سنًا، إسلامًا، ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه، ولا يقعد في بيته على تكريمته إلا بإذنه». أخرجه مسلم (٦٧٣/٢٩٠)، وأحمد (١١٨/٤)، وأبو داود (٣٩٠/١)، والترمذى (١٤٩/١)، والنسائى (٧٦/٢)، وابن ماجه (٣١٣/١)، وأبو عوانة (٣٦، ٣٥/٢)، والدارقطنى (٢٠٨/١)، والبيهقى (١١٩/٣، ١٢٥)، وابن خزيمة (ح ١٠٥٧).

(٢) قال الشافعى: المخاطب بذلك الذين كانوا في عصره كان أقرؤهم أفقهم، فإنهم كانوا مسلمون كبارًا وينفقهون قبل أن يقرأوا، فلا يوجد قارئ منهم إلا وهو فقيه، ويوجد الفقيه وهو ليس بقارئ. لكن قال النووي وابن سيد الناس: إن قوله في الحديث: «فإن كانوا في القراءة سواء، فأعلمهم بالسنة»، دليل على تقديم الأقرأ مطلقًا، وبه يندفع هذا الجواب عن ظاهر الحديث؛ لأن التفقه في أمور الصلاة لا يكون إلا من السنة، وقد جعل القارئ مُقدمًا على العالم بالسنة. وأما ما قيل من أن الأكثر حفظًا للقرآن من الصحابة أكثرهم فقهًا، فهو وإن صح باعتبار مطلق الفقه، لا يصح باعتبار فقه أحكام الصلاة؛ لأنها بأسرها مأخوذة من السنة قولًا وفعلاً وتقريرًا، وليس في القرآن إلا الأمر بها على جهة الإجمال، وهو مما يستوى في معرفته القارئ للقرآن وغيره.

وقد اختلف في المراد من قوله: «يؤم القوم أقرؤهم»، فقيل: المراد أحسنهم قراءة، وإن كان أقلهم حفظًا. وقيل: أكثرهم حفظًا للقرآن. أ.هـ. وقوله في الحديث: «يؤم القوم أقرؤهم»، فيه حجة لمن قال: يقدم في الإمامة الأقرأ على الأفقه، وإليه ذهب الأحنف بن قيس، وإس سبويه،=

فأحق الخصال الفقه، ثم ظهور الورع، ثم السن والنسب، وفيهما قولان:

أحدهما: تقديم النسب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «قدموا قريشاً»^(١). والثاني: تقديم السن؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أقدمكم سنّاً»، فإن تساوت هذه الصفات، فيرجح بحسن المنظر ونظافة الثوب. ومن كره القوم إمامته كره له ذلك^(٢).

= والشورى، وأبو حنيفة، وأحمد، وبعض أصحابهما، وقال الشافعي ومالك وأصحابهما والهادوية: لأفقه مقدم على الأقرأ. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (١٥٧/٣، ١٥٨).
(١) أخرجه البيهقي (١٥٢/١، ٢١١/٤)، وأبو نعيم (٦٤/٩)، والهيتمي (٢٥/١٠)، وابن حجر في تلخيص الخبير (٣٦/٢).

(٢) فيه حديث عبد الله بن عمر مرفوعاً: «ثلاثة لا يقبل الله منهم صلاة، من تقدم قومًا وهم له كارهون...» الحديث. رواه أبو داود وابن ماجه، وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفرقي، ضعفه الجمهور. وفيه أيضًا حديث أبي أمامة مرفوعاً: «ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم» وعد منهم، وإمام قوم وهم له كارهون». رواه الترمذي وانفرد به، وقال: هذا حديث حسن غريب، وقد ضعفه البيهقي. قال النووي في الخلاصة: والأرجح هنا قول الترمذي. أ.هـ. وفي إسناده أبو غالب الراسبي البصري، صحح الترمذي حديثه. وقال أبو حاتم: ليس بالقوي. وقال النسائي: ضعيف. ووثقه الدارقطني.

وفي الباب أيضًا عن أنس عند الترمذي بلفظ: «لعن رسول الله ﷺ ثلاثة: رجلًا أم قومًا وهم له كارهون...» الحديث. قال الترمذي: لا يصح، وضعفه أيضًا البيهقي. وفي الباب عند ابن ماجه عن ابن عباس مرفوعاً: «ثلاثة لا ترفع صلاتهم فوق رؤوسهم شبرًا، رجل أم قومًا وهم له كارهون...» الحديث. قال العراقي: وإسناده حسن.

وفي الباب عند الطبراني عن طلحة مرفوعاً بمثل السابق، وفي إسناده سليمان بن أيوب الطحفي، قال فيه أبو زرعة: عامة أحاديثه لا يتابع عليها. وقال الذهبي في الميزان: صاحب مناكير وقد وثق. وفي الباب عند البيهقي، عن أبي سعيد مرفوعاً بمثله أيضًا، قال البيهقي: وهذا إسناده ضعيف. وفي الباب عند ابن أبي شيبة في المصنف بنحو حديث أبي أمامة، وهو من رواية القاسم بن مخيمرة، عن سلمان، ولم يسمع منه.

قال الشوكاني: وأحاديث الباب يقوى بعضها بعضًا، فينتهض للاستدلال بها على تحريم أن يكون الرجل إمامًا لقوم يكرهونه. ويدل على التحريم نفى قبول الصلاة، وأنها لا تجاوز آذان المصدين، ولعن الفاعل لذلك. وقد ذهب قوم إلى التحريم وإلى الكراهة آخرون، وقد روى العراقي ذلك عن علي بن أبي طالب، والأسود بن هلال، وعبد الله بن الحريث البصري. وقد قيد ذلك جماعة من أهل العلم بالكراهة الدينية لسبب شرعي، فأما الكراهة لغير الدين، فلا عبرة بها، وقيدوه أيضًا بأن يكون الكارهون أكثر المأمومين، ولا اعتبار بكراهة الواحد والاثني والثلاثة، إذا كان المؤمنون جمعًا كثيرًا، إلا إذا كانوا اثنين أو ثلاثة، فإن كراهتهم أو كراهة أكثرهم معتبرة.

وحمل الشافعي الحديث على إمام غير الوالي؛ لأن الغالب كراهة ولاية الأمر. وصاهر الحديث =

وأما باعتبار المكان، فالوالى أولى من المالك، والمالك أولى من غيره، والمستأجر أولى من المالك، والسيد أولى من العبد الساكن، وفي المستعير والمعير تردد للأصحاب، والله تعالى أعلم.

* * *

الباب الثالث: فى شرائط القدوة

وشروطها: المتابعة قصداً وفعلاً وموقفاً.

ويرجع ذلك إلى شروط مئة:

الأول: أن لا يتقدم فى الموقف على الإمام، فإن فعل بطلت صلاته على الجديد خلافاً لمالك، ولا تبطل بتقدمه صلاة الإمام، ولا يتقدم المرأة إذا اقتدت خلافاً لأبى حنيفة.

ولو ساواه جاز، ولكن التخلف قليلاً أحب، ثم التعويل على مساواة الكعب، فإن المشط قد يطول.

والمستحب إذا كانوا ثلاثة أن يصطفوا خلفه، والواحد يقف على يمينه، والاثنان يصطفان عندنا.

وقال ابن مسعود: يقف أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره^(١).

ولو أمٌ برجل وامرأة، وقف الرجل عن يمينه والمرأة خلفه، ولو أمٌ بامرأة وخنثى، وقفت المرأة خلف الخنثى.

ومما يستحب فى الموقف أن لا يقف الداخل منفرداً إذا وجد صفًا، فليدخل الصف أو يجذب إلى نفسه واحداً منهم إن ضاق الصف، وحق المجرور أن يساعده، وصلاة المنفرد

عديم الفرق والاعتبار بكرامة أهل الدين دون غيرهم، حتى قال الغزالي فى الإحياء: لو كان الأقل من أهل الدين يكرهونه، فالنظر إليهم. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (١٧٦/٣، ١٧٧).

(١) قال ابن رشد فى هذا الحديث: قال أبو عمر: واختلف رواة هذا الحديث، معصم أوقفه، وبعضهم أسدده، والصحيح أنه موقوف. أ.هـ. انظر: بداية المجتهد (٢٩٨/٢)، والحديث أخرجه مسلم (ح ٥٣٤/٢٦، ٥٣٤/٢٨)، وأحمد (٤٥٥/١)، وأبو داود (ح ٦١٣)، والسنائي (٨٤/٢)، والبيهقى (٩٨/٣)، كلهم عن ابن مسعود بلفظين فى أحدهما زيادة، وهى: كان رسول الله ﷺ يصنع إذا كانوا ثلاثة. قلت: والحديث الصحيح يخالفه، عن جابر قال قمت عن يسار رسول الله ﷺ، فأخذ ييدى فأدارنى حتى أقامنى عن يمينه، ثم جاء جابر بن صخر فتوضأ ثم جاء، فقام عن يسار رسول الله ﷺ، فأخذ بأيدينا جميعاً فلدغنا حتى قمنا لحمله. أخرجه مسلم (٣٠١٠)، وأبو داود (٦٣٤)، والبيهقى (٩٥/٣).

فى الصف مكروهة صحيحة^(١). وقال أحمد: هى باطلة.

فرع: لو وقفوا حول الكعبة، أو داخل البيت متقابلين صحت صلاتهم، إذ لا يظهر فيه التقدم، وقد قيل: ينبغى أن لا يكون المأموم أقرب إلى الكعبة فى جهته من الإمام.

الشرط الثانى: أن يجتمع المأموم والإمام فى مكان واحد، فلا يعد تخلفه، ولا يكون بينهما حائل لتحصل نسبة الاجتماع.

والمواضع ثلاثة: موضع بنى للصلاة فهو جامع، وإن اختلف البناء وبعد التخلف فهو كالمسجد، فلو وقف على السطح والإمام فى بئر فى المسجد صح، ولو كانا فى بيتين فى المسجد أو مسجدين متجاورين وبينهما باب لا فظ مفتوح أو مردود صح.

الموضع الثانى: الساحة التى لا يجمعها حائط، فينبغى أن يكون المأموم فيها على حد قرب، وهو غلوة سهم ما بين مائتى ذراع إلى ثلاثمائة؛ لأن المكان إذا اتسع كان هذا اجتماعاً.

وقيل: إنه مأخوذ من مسافة بُعد المقابلين فى غزوة ذات الرقاع عن رسول الله ﷺ^(٢)؛ لأنهم كانوا مقتدين، وحكم الصلاة مستمر عليهم، ويمكن حد ذلك بما يبلغ المأموم فيه صوت الإمام عند الجهر المعتاد، وهذا جار فى الأملاك والبيوت الواسعة.

وقيل: إنه يشترط اتصال الصف فى الملك، وهو بعيد.

فرع: إذا كان بين الإمام والمأموم شارع مطروق أو نهر لا يخوض فيه غير السابح، ففى انقطاع الاجتماع به وجهان. أما النهر الذى يخوض فيه السابح، فلا يقطع

(١) وفيه حديث على بن شيان، عن أبيه، قال: قلنا على رسول الله ﷺ فبايعناه وصلينا خلفه، فصلى الصلاة، فرأى رجلاً يصلى خلف الصف، فوقف عليه رسول الله ﷺ حتى انصرف، فقال له: واستقبل صلاتك فإنه لا صلاة لفرد خلف الصف. أخرجه ابن أبى شيبة (١٩٣/٣)، وأحمد (٢٣/٤)، وابن ماجه (٣٢٠/١)، وابن حزم فى المحلى (٥٣/٤)، وابن خزيمة وصححه (ح ١٥٦٩)، والبوصيرى فى الزوائد، وقال: هذا إسناد صحيح رجاله ثقات (٣٢٩/١).

(٢) أى بُعد الطائفتين المصطفويتين وجاه العدو بالتبادل فيما بينهما فى صلاة الخوف كما حدث ابن عمر، رضى الله عنهما، وغيره عن صلاة الخوف يوم ذات الرقاع، قال: صلى رسول الله ﷺ صلاة الخوف بإحدى الطائفتين ركعة، والطائفة الأخرى مواجهة للعدو، ثم انصرفوا وقاموا فى مقام أصحابهم مقبلين على العدو وجاء أولئك، ثم صلى بهم النبى ﷺ ركعة، ثم سلم، ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة. وهو حديث متفق عليه، وسيأتى تحريج ذلك فى موضعه إن شاء الله.

الموضع الثالث: الأبنية المملوكة، وبها تلتحق المدارس والرباطات، فإذا وقفا في بناءين لم يصح إلا باتصال محسوس، كما إذا تواصلت المناكب على الباب المفتوح بين البناءين، فلو بقى على العتبة مقام واقف لم يجز، وإن تخلل فرجة لا تتسع لواقف، فالأصح الجواز، ولو تقدم على الصف المتصل في البناء الذى ليس فيه الإمام لم تصح صلاته، ولو وقف وراءهم صح، فأما إذا كان الاتصال بتلاحق الصفوف بأن كان البناء الآخر وراء الإمام لا على طرق جنبه، فإن زاد ما بين الصفيين على ثلاثة أذرع لم يصح، وإن لم يزد فوجهان، بخلاف اتصال المناكب، فإن ذلك اتصال مُحقق.

وقال العراقيون: اختلاف البناء لا يضر إذا لم يكن بينهما حدار حائل.

فروع ثلاثة: الأول: البحر كالموات، فلو كان في سفيتين مكشوفتين، وبينهما أقل من غلوة سهم جاز، فإن ما بينهما بحوض السفينة، لا كالنهر على الأرض.

وقال الإصطخري: لا يجوز إلا إذا كانت إحداهما مربوطة بالأخرى، بحيث يؤمن من التباعد.

الثاني: إذا اختلف الموقف ارتفاعاً وانخفاضاً، فهو كاختلاف البناء، فلا بد من اتصال محسوس، وهو أن يلقى رأس المتسفل ركبة العالى تقديراً لو قدر لكل واحد منهما قامة معتدلة.

الثالث: إذا اختلف البقاع بأن وقف الإمام في المسجد والمأموم في ملك، فهو كما لو كانا في بناءين مملوكين، وإن كان المأموم في موات ولا حائل، فيعتبر غلوة سهم من موقف الإمام على وجهه، ومن آخر المسجد على وجهه، ولو كان بينهما حائل يمنع البصر والوصول كالجدار لم يجز على الأصح، وما يمنع الوصول دون البصر كالشباك، أو البصر دون الوصول كالباب المردود فوجهان، والباب المغلق كالجدار.

الشرط الثالث: نية الاقتداء: فلو تابع من غير النية بطلت صلاته، ولا يجب على الإمام نية الإمامة، ولكن لا ينال الثواب إذا لم ينو، ولا يجب على المأموم تعيين الإمام،

(١) ذلك لأن النهر الذى يحتاج إلى سباحة حتى يصل إلى الإمام ويتصل به، مانع لا يوجد معه إمكان ذاتي، فإن كان لا يحتاج إلى سباحة ويستطيع المأموم أن يخوضه غير سباح وجد إمكان ذاتي، والإمكان الذاتى ينفي كون المانع الوصفى مانعاً، كما أن المانع الوصفى لا ينفي الإمكان الذاتى ولا يطله.

ولو عينه وأخطأ بطل، بخلاف الإمام إذا عين المقتدى وأخطأ.

ولو ربط المقتدى نيته بالحاضر، وقال: نويت الاقتداء بزيد الحاضر، فإذا هو عمرو، ففي الصحة وجهان، كما إذا قال: بعث هذه الرمكة، فإذا هي نعجة.

واختلاف نية الإمام والمأموم لا يضر، فيجوز اقتداء المتنقل بالمفترض وعكسه، وفي الأداء بالقضاء وعكسه، وإن كان أحدهما ظهراً والآخر عصرًا، خلافاً لأبي حنيفة.

الشرط الرابع: توافق الصلاتين في النظم:

فلا يصح الاقتداء في الرواتب بمن يصلي على الجنازة أو صلاة الخسوف؛ لتعذر المتابعة. وقيل: إنه يصح.

ثم عند المخالفة ينفرد فراغ الإمام مما يخالف، وهو بعيد.

نعم لو اختلف عدد الركعات، فإن كان صلاة المأموم أطول جاز، ويكون كالمسبوق إذا سلم الإمام، وإن كان أقصر كما لو اقتدى في الصبح بمن يصلي الظهر فوجهان، أصحهما الصحة.

ثم إذا قام الإمام إلى الثالثة تخير، فإن شاء سلم، وإن شاء صبر حتى يعود إليه الإمام فيسلم معه. ولا يقال: يقوم ويوافق ولا يحتسب له؛ لأن ذلك لا يحتمل في ركعات مستقلة.

الشرط الخامس: الموافقة: وهو أن لا يشتغل بما تركه الإمام من سجود تلاوة أو قعود للشهادة الأول، فإن فعل بطلت صلاته، فأما جلسة الاستراحة، فلا بأس، وأما القنوات، فلا بأس به أيضاً إن أدرك الإمام في السجود، إذ ليس فيه إلا تخلف يسير.

الشرط السادس: المتابعة: وهو أن لا يتقدم على الإمام، ولا يتخلف عنه تخلفاً كثيراً، ولا يساوقه، بل يتابعه، فإن ساوق لم يضر إلا في التكبير، فإن ابتداء تكبيره ينبغى أن يكون بعد فراغ الإمام على العادة.

والمستحب أن يكبر الإمام إذا ظن استواء الصفوف بعد قوله: استووا رحمكم الله. والناس يسوون صفوفهم بعد فراغ المؤذن من الإقامة. وقال أبو حنيفة: يسوون عند قوله: حي على الصلاة، ويكبر الإمام عند قوله: قد قامت الصلاة. والصحيح أن السلام كسائر الأركان، فيجوز المساوقة فيه. وقال الشيخ أبو محمد: هو كالتكبير.

أما التخلف إن كان بركن واحد لم يُبطل، وإن كان بركنين بطل، لو لم يركع حتى

سجد الإمام بطلت صلاته قطعاً، ولو لم يركع حتى رفع رأسه من الركوع، فوجهان:

أحدهما: يُبطل؛ لأن الاعتدال أيضاً ركن، فقد سبق بركنين. والثاني: لا؛ لعلتين:

إحدهما: أنه ليس ركنًا مقصودًا، فعلى هذا لا تبطل ما لم يلبس السجود قبل ركوع المأموم.

الثانية: أن الاعتدال إنما يكون سابقاً به إذا فرغ عنه، لا بالشروع فيه، فعلى هذا إذا هوى للسجود قبل ركوعه بطلت صلاته، وإن لم يلبس السجود بعد. وحكم التقدم كالتخلف.

وقال الشيخ أبو محمد: التقدم بركن واحد يبطل؛ لأنه لا يليق بالمتابعة كالتقدم في المكان، وهو بعيد في المذهب، هذا كله إذا تأخر بغير عذر، فإن كان معذوراً كالمسبوق إذا أدرك بعض الفاتحة، فثلاثة أوجه:

أحدها: يترك الفاتحة ويركع؛ لأن السبق يسقط كل الفاتحة، فبعضها أولى. والثاني: يتم؛ لأنه التزم الخوض. والثالث: إن اشتغل بدعاء الاستفتاح فقد قصر فليتدارك، وإلا فليركع. فإن قلنا: يتدارك، فرفع الإمام رأسه من الركوع قبل ركوعه، فقد فاتته هذه الركعة وتبطل صلاته على أحد الوجهين؛ لأن هذا الركوع قائم مقام ركعة، فكأنه سبقه بركعة، وهو بعيد.

فروع خمسة: الأول: المسبوق ينبغي أن يكبر للعقد ثم للهوى، فإن اقتصر على واحد وقصد الهوى به لم ينعقد، وإن قصد العقد انعقد بشرط أن يقع تكبيره في اعتداله، وإن أطلق، فالقياس أنه ينعقد لقرينة البداية.

ونقل العراقيون عن الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا ينعقد؛ لأنه قارنته قرينة الهوى ولا مخصص.

الثاني: إذا نوى قطع القدوة في أثناء الصلاة، فيه ثلاثة أقوال: أحدها: المنع؛ وفاء بالملتزم. والثاني: الجواز؛ لأنه نقل، فلا يلزم بالشروع. والثالث: الجواز للمعذور بعذر يجوز ترك الجماعة به.

وعلى الأقوال إذا أحدث الإمام انقطعت القدوة ولم تبطل صلاة المأموم.

الثالث: المنفرد إذا أنشأ القدوة في أثناء الصلاة، فالنص الجديد يدل على منعه، والقديم على جوازه.

ويشكل على الجديد جواز الاستخلاف، فإن فيه اقتداءً بمن لم يقتد به، وإنما منع الشافعي، رضي الله عنه، الاستخلاف في القديم، ولكن ليس في الاستخلاف انتقال المنفرد إلى الاقتداء، بل هو تبديل المقتدى به.

الرابع: إذا شك المسبوق فلم يدرك أن الإمام فارق حد الراكعين قبل ركوعه، فقولان: أحدهما: أنه مدرك، إذ الأصل بقاء الركوع. والثاني: لا؛ إذ الأصل عدم الإدراك.

الخامس: إذا كان مسبوقاً فسلم الإمام، نص الشافعي، رضي الله عنه، على أنه يقوم من غير تكبير. وعلمته أنه كبر في ارتفاعه عن السجود مع الإمام، وهو الانتقال في حقه. وقال الشيخ أبو حامد: يكبر هاهنا للانتقال.

* * *

كتاب صلاة المسافرين

وفيه بابان:

الباب الأول: في القَصْرِ^(١)

وهو رخصة جائزة^(٢) عند وجود السبب، والمحل، والشرط.

والنظر الأول: في السبب

وهو كل سفر، طويل، مباح، فهذه ثلاثة قيود:

(١) القَصْر لغة: القصر، والقَصِيرُ في شكل شيء: خلاف الطول؛ أنشد ابن الأعرابي:

عَادَتْ مَحْوَرَسُهُ إِلَى قَصْرِ

قال: معناه: إلى قَصْر، وهما لغتان: وقَصَرَ الشيء بالضم، يقصر قصرًا، خلاف طال، وقصرت من الصلاة أقصر قصرًا. فهو في اللغة بمعنى التقيص. انظر: لسان العرب (٣٦٤١/٥)، أما القصر شرعًا: رد الصلاة الرباعية إلى ركعتين وسببه السفر فقط، وإن لم توجد فيه مشقة بخلاف الجمع، فإنه لا يختص بالسفر، بل هو عام في السفر والحضر أيضًا لعذر كالمطر، وغيره. والدليل عليه ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتَنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠٠]، وقد صرحنا بنصوص السنة بجوازه عند الأمر. وسيأتي تفصيل ذلك.

(٢) القول بأنه رخصة هو قول الشافعي في أشهر الروايات عنه، وقال بعض أصحابه: إن القصر والإتمام كلاهما فرض مخير له؛ كالحيار في وجوب الكفارة.

وذهب أبو حنيفة، وأصحابه والكوفيون بأسرهم، إلى أنه فرض متعين. ومذهب مالك في أشهر الروايات عنه إلى أنه سنة.

وأما أخذ الشافعي، والمصنف ومن وافقهما الرخصة من مفهوم حديث يعلى بن أمية قال: قسنت يعمر: إنما قال الله: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتَنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ يريد في قصر الصلاة في السفر، فقال عمر: عجبت مما عجبت منه؛ فسألت رسول الله ﷺ عما سألتني عنه، فقال: «صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته». أخرجه مسلم (٦٨٦/٦٤) والترمذي (ح ٥٠٢٥) وأبو داود (ح ١١٩٩) وابن أبي شيبة (٢٠٣/٢) وأحمد (٣٦/١) والدارمي (٣٥٤/١) والنسائي (١١٦/٣) وابن ماجه (٣٣٩/١) والبيهقي (١٣٤/٣) وأبو يعلى (١٨١) والسيوطي في الدر (٣٧١/٢) وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ومما يدل على التخفيف، والرخصة، ورفع الحرج، لا الوجوب ولا السنة قوله ﷺ: «إن الله وضع عن المسافر الصوم، وشطر الصلاة». أخرجه أحمد (٢٩/٥) وأبو داود (ح ٢٤٠٨) والترمذي (١٠٩/٢) وقال: حديث حسن. وابن ماجه (١٦٦٧) والبيهقي (١٥٤).

الأول: السفر: وحده الانتقال مع ربط القصد بمقصد معلوم، فالحائث، وراكب التعاسيف لا يترخص^(١) وإن مشى ألف فرسخ، وأمر السفر ظاهر، وإنما الغموض فى بدايته ونهايته.

أما البداية: فهي الانفصال عن الوطن، والمستقر^(٢).

والمستقر ثلاثة: الأول: البلد، والانفصال عنه بمحاوزة السور، فإن لم يكس له سور، فبمفارقة البنيان. فإن كان وراء البنيان خراب، ففى اشتراط مجاوزته تردد.

ولا يشترط مجاوزة المزارع والبساتين التى يخرج إليها للتزهر.

الثانى: القرية، ولا بد فيها من مجاوزة البساتين والمزارع المحوطة دون التى ليست محوطة.

وإن اتصلت أبنية قرية بأخرى، فالقياس أن يكفيه مجاوزة قريته. ونقل العراقيون، عن الشافعى، رضى الله عنه، أن ذلك لا يكفى.

الثالث: الصحراء، والانفصال عنها بمحاوزة الخيام، والنادى، والدمن^(٣)، وإن نزلوا على منهل أو محتطب، فلا بد من مجاوزتهما، إلا أن يتسع بحيث لا يختص بالنازلين، وإن تفرقت الخيام، بحيث لا يستعين بعضهم ببعض، فلكل حلة حكمها، وقد قال الشافعى، رضى الله عنه: لو نزلوا فى وادٍ والسفر فى عرضه، فلا بد من جزعه.

وقال الأصحاب: إن كانوا على ربوة، فلا بد من الهبوط، أو فى وهدة، فلا بد من الصعود.

(١) مذهب أحمد أن الرخصة مقصورة على السفر المتقرب به: كالحج والعمرة، والجهاد؛ ومذهب مالك: السفر للمباح دون المعصية، وهو مذهب الشافعى أيضا.

أما مذهب أبى حنيفة، وأصحابه، والثورى، وأبى ثور أن فى كل سفر سواء كان قربة، أو مباحاً أو معصية، قال ابن رشد: والسبب فى اختلافهم؛ معارضة المعنى المعقول، أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل؛ وذلك أن من اعتبر المشقة، أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل، قال: إنه لا يجوز إلا فى السفر المتقرب به؛ لأن السى ﷺ لم يقصر قط إلا فى سفر متقرب به. وأما من فرق بين المباح، والمعصية، فعلى جهة التغليط، والأصل فيه: هل تجوز الرخص للعصاة أو لا؟ وهذه مسألة عارض فيها اللفظ المعنى؛ فاختلف الناس فيها لذلك. أ.هـ. انظر (بداية المجتهد ٢/٣٥٧).

(٢) قوله «والمستقر» يعنى به المقام غير المستوطن إلا أن هذا اللفظ أعم من ذلك فهو يشمل انقام غير المستوطن، والوطن المقام فيه، ولا يشمل الوطن غير المقام فيه.

(٣) النادى هو: مجلس ومجتمع القوم، والدمن هى المطارح التى أدمن أهل الخيام التردد إليها.

فرع: إذا رجع المسافر ليأخذ شيئاً خلفه، فلا يقصر في الرجوع، ولا في مستقره، فإن لم يكن المستقر وطناً، بل أقام بها غريباً، فأظهر الوجهين أنه كسفره.

أما نهاية السفر، فتحصل بأحد أمور ثلاثة: الأول: الوصول إلى عمران الوطن.

الثاني: العزم على الإقامة مطلقاً، أو مدة تزيد على ثلاثة أيام^(١) في موضع تتصور

(١) قال ابن القيم: «وكان رسول الله ﷺ يقصر الرباعية فيصليها ركعتين من حين يرح مسافراً إلى أن يرجع إلى المدينة. ولم يثبت عنه أنه أتم الرباعية في سفره البتة، وأما حديث عائشة أن النبي ﷺ كان يقصر في السفر ويتم ويفطر ويصوم: فلا يصح، وسمعت شيخ الإسلام ابن تيمية يقول: هو كذب على رسول الله ﷺ انتهى.

وقد روى: وأنه يقصر وتتم. الأول بالياء آخر الحروف، والثاني بالناء المثناة من فوق، وكذلك: «يفطر وتصوم»، أي تأخذ هي بالعزيمة في الموضعين. قال شيخنا ابن تيمية: وهذا باطل: ما كانت أم المؤمنين لتحالف رسول الله ﷺ وجميع أصحابه فتصلي خلاف صلاتهم، كيف والصحيح عنها: أن الله فرض الصلاة ركعتين ركعتين فلما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة زيد في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر، فكيف يظن بها مع ذلك أن تصلي بخلاف صلاة النبي ﷺ والمسلمين معه. قلت: وقد أتمت عائشة بعد موت النبي ﷺ، قال ابن عباس وغيره: إنها تأولت كما تأول عثمان، وأن النبي ﷺ كان يقصر دائماً فركب بعض الرواة من الحديثين حديثاً وقال: فكان رسول الله ﷺ يقصر وتتم هي. فغلط بعض الرواة فقال: كان يقصر ويتم، أي هو، والتأويل الذي تأولته قد اختلف فيه ف قيل: ظنت أن القصر مشروط بالخوف في السفر، فإذا زال الخوف زال سبب القصر، وهذا التأويل غير صحيح، فإن النبي ﷺ سافر آمناً، وكان يقصر الصلاة، والآية قد أشكلت على عمر رضي الله عنه وغيره، فسأل عنها رسول الله ﷺ فأجابته بالشفاء وأن هذا صدقة من الله وشرع شرعه للأمة، وكان هذا بيان أن حكم المفهوم غير مراد وأن الجناح مرتفع في قصر الصلاة عن الآس والخائف غايته أنه نوع تخصيص للمفهوم أو رفع له وقد يقال: إن الآية اقتضت قصرًا بتأول قصر الأركان بالتخفيف وقصر العدد بنقصان ركعتين، وقيد ذلك بأمرين: الضرب بالأرض، والخوف. فإذا وجد الأمران أبيح القصر فيصلون صلاة الخوف المقصورة عددها وأركانها وإن انتفى الأمران فكانوا آمنين مقيمين انتفى القصران فيصلون صلاة تامة كاملة. وإن وجد أحد السببين ترتب عليه قصره وحده. فإذا وجد الخوف والإقامة قصرت الأركان واستوفى العدد، وهذا نوع قصر وليس بالقصر المطلق في الآية. فإن وجد السفر والأمن قصر العدد واستوفى الأركان وسميت صلاة أمن، وهذا نوع قصر وليس بالقصر المطلق. وقد تسمى هذه الصلاة مقصورة باعتبار نقصان العدد، وقد تسمى تامة باعتبار إتمام أركانها وأنها لم تدخل في قصر الآية. والأول اصطلاح كثير من الفقهاء المتأخرين، والثاني يدل عليه كلام الصحابة كعائشة وابن عباس وغيرهما. قالت عائشة: فرضت الصلاة ركعتين ركعتين، فلما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة ريد في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر، فهذا يدل على أن صلاة السفر عددها غير مقصورة من أربع وإنما هي مفروضة كذلك وإن فرض المسافر ركعتان. وقال ابن عباس: فرض الله الصلاة على -

«لسان نبيكم في الحضر أربعاً وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة. متفق على حديث عائشة. وانفرد مسلم بحديث ابن عباس. وقال عمر بن الخطاب: صلاة السفر ركعتان والجمعة ركعتان والعيد ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد ﷺ وقد خاب من افترى. وهذا ثالث عن عمر رضي الله عنه، وهو الذي سأل النبي ﷺ: ما بالنا نقصر وقد أمنا؟ فقال له رسول الله ﷺ: «صدقة تصدق بها الله عليكم فاقبلوا صدقته»، ولا تناقض بين حديثه، فإن النبي ﷺ لما أجابه بأن هذه صدقة الله عليكم ودينه اليسر السمع علم عمر أنه ليس المراد من الآية قصر العدد كما فهمه كثير من الناس فقال: صلاة السفر ركعتان تمام غير قصر. وعلى هذا فلا دلالة في الآية على أن قصر العدد مباح منفي عنه الجناح فإن شاء المصلي فعله وإن شاء أتم. وكان رسول الله ﷺ يواظب في أسفاره على ركعتين ركعتين ولم يرفع قط إلى شيئاً فعله في بعض صلاة الخوف كما سنذكره هناك ونبين ما فيه إن شاء الله تعالى. وقال أنس: خرجنا مع رسول الله ﷺ من المدينة إلى مكة فكان يصلي ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة. متفق عليه. ولما بلغ عبد الله بن مسعود أن عثمان بن عفان صلى أربع ركعات، قال: «إنا لله وإنا إليه راجعون، صليت مع رسول الله ﷺ ركعتين، وصليت مع أبي بكر ركعتين، وصليت مع عمر ركعتين فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متبعتان، متفق عليه ولم يكن ابن مسعود ليسترجع من فعل عثمان أحد الجائزين المخير بينهما بل الأولى على قول وإنما استرجع لما شاهده من مداومة النبي ﷺ وخلفائه على صلاة ركعتين في السفر. وفي صحيح البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما: «قال: صحبت رسول الله ﷺ فكان في السفر لا يزيد على ركعتين وأبى بكر وعمر وعثمان يعني في صدر خلافة عثمان وإلا فعثمان قد أتم في آخر خلافته وكان ذلك أحد الأسباب التي أنكرت عليه. وقد خرج لفعله تأويلات: أحدها: أن الأعراب كانوا قد حجوا تلك السنة فأراد أن يعلمهم أن فرض الصلاة أربع لئلا يتوهموا أنها ركعتان في الحضر والسفر، ورد هذا التأويل: بأنهم كانوا أخرى بذلك في حج النبي ﷺ فكانوا حديثي عهد بالإسلام والعهد بالصلاة قريب، ومع هذا فلم يربع بهم النبي ﷺ. الثاني: أنه كان إمام الناس والإمام حيث نزل فهو عمله ومحل ولايته فكانه وطنه. ورد هذا التأويل: بأن إمام الخلق على الإطلاق رسول الله ﷺ كان هو أولى بذلك، وكان هو الإمام المطلق، ولم يربع. التأويل الثالث: أن منى كانت قد بنيت وصارت قرية كثر فيها المساكين في عهده، ولم يكن ذلك في عهد رسول الله ﷺ، بل كانت فضاء، ولهذا قيل له: يا رسول الله ألا ننني لك بمنى يتناظرك من الحر؟ فقال: «لا، منى مناخ من سبق»، فتأول عثمان أن القصر إما يكون في حال السفر. ورد هذا التأويل: بأن النبي ﷺ أقام بمكة عشرة أعوام يقصر في الصلاة. التأويل الرابع: أنه أقام بها ثلاثاً، وقد قال النبي ﷺ: «يقيم المهاجر بعد قضاء نسكه ثلاثاً»، فسماه مقيماً والمقيم غير المسافر. ورد هذا التأويل: بأن هذه إقامة مقيدة في أثناء السفر، ليست بالإقامة التي هي قسم السفر، وقد أقام ﷺ بمكة عشرة أعوام يقصر الصلاة، وأقام بمنى بعد نسكه أيام الجمار الثلاث يقصر الصلاة. التأويل الخامس: أنه كان قد عزم على الإقامة والاستيطان بمنى واتخاذها دار الخلافة، فلهذا أتم ثم بدا له أن يرجع إلى المدينة. وهذا التأويل أيضاً مما لا يقوى، فإن عثمان رضي الله عنه من المهاجرين الأول، وقد منع النبي ﷺ المهاجرين -

من الإقامة بمكة بعد تسكهم، ورخص لهم فيها ثلاثة أيام فقط، فلم يكن عثمان ليقيم بها وقد منع النبي ﷺ من ذلك، وإنما رخص فيها ثلاثاً، وذلك لأنهم تركوها لله، وما ترك لله فإنه لا يعاد فيه ولا يسترجع. التأويل السادس: أنه كان قد تأهل بمنى، والمسافر إذا أقام فى موضع وتزوج فيه أو كان له به زوجة أتم، ويروى فى ذلك حديث مرفوع عن النبي ﷺ فروى عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن ابن أبي ذباب عن أبيه قال: صلى عثمان بأهل منى أربعاً وقسار: يا أيها الناس لما قدمت تأهلت بها وإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تأهل الرجل ببسطة فإنه يصلى بها صلاة مقيم». رواه الإمام أحمد رحمه الله فى مسنده، وعبد الله بن الزبير الحميدى فى مسنده أيضاً. وقد أعله البيهقى بانقطاعه وتضعيفه عكرمة بن إبراهيم. قال أبو البركات ابن تيمية: ويمكن المطالبة بسبب الضعف فإن البخارى ذكره فى تاريخه ولم يظعن فيه، وعادته ذكر الجرح والمجروحين، وقد نص أحمد وابن عباس قبله: أن المسافر إذا تزوج لزمه الإتمام وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ومالك وأصحابهما، وهذا أحسن ما اعتذر به عن عثمان وقد اعتذر عن عائشة أنها كانت أم المؤمنين، فحيث نزلت كان وطنها، وهو أيضاً اعتذار ضعيف، فإن النبي ﷺ أبو المؤمنين أيضاً، وأمومة أزواجه فرع من أبوته ولم يكن يتم لهذا السبب، قال أبو عمرو الحسينى محقق هذا الكتاب: وهذا مردود على الإمام ابن القيم رحمه الله، أمّا أمومة عائشة فثابتة بنص الشارع الحكيم، ولم تثبت للنبي ﷺ أبوة بل الثابت بنص الكتاب نفيها وذلك فى قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٤٠]. ولا يجوز إثباتها بالقياس لمخالفتها للنص، أما كون الأمومة فرع من الأبوة فذلك فى الرضاة وذلك لأمرين الأول ما ثبت فى السنة: «يحرم من الرضاة ما يحرم بالنسب». والثانى: لأن الرجل هو صاحب اللبن. والله أعلم، قال ابن القيم إنهما لما سبق: وقد روى هشام ابن عروة عن أبيه أنها كانت تصلى فى السفر أربعاء فقلت لها: لو صليت ركعتين؟ فقالت: يا ابن أختي إنه لا يشق على. قال الشافعى: لو كان فرض المسافر ركعتين لما أتمها عثمان ولا عائشة ولا ابن مسعود، ولم يجوز أن يتمها مسافر مع مقيم، وقد قالت عائشة: «كل ذلك قد فعل رسول الله ﷺ: أتم وقصر». ثم روى عن إبراهيم بن محمد عن طلحة بن عمرو عن عطاء ابن أبي رباح عن عائشة قالت: «كل ذلك فعل النبي ﷺ: قصر الصلاة فى السفر وأتم». قال البيهقى: وكذلك رواه المغيرة بن زياد عن عطاء وأصح إسناد فيه: ما أخبرنا أبو بكر الحارثى عن الدارقطنى عن المحاملى: حدثنا سعيد بن محمد بن ثواب، حدثنا أبو عاصم، حدثنا عمر بن سعيد عن عطاء عن عائشة «أن النبي ﷺ كان يقصر الصلاة فى السفر ويتم ويفطر ويصوم». قال الدارقطنى: وهذا إسناد صحيح، ثم ساق من طريق أبى بكر النيسابورى عن عباس الدورى «أنبأنا أبو نعيم، حدثنا العلاء بن زبير، حدثنى عبد الرحمن بن الأسود، عن عائشة، أنها اعتمدت مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة حتى إذا قدمت مكة قالت: يا رسول الله بأبى أنت وأمى قصرت وأتممت وصمت وأفطرت؟ قال: «أحسن يا عائشة»، وسمعت شيخ الإسلام ابن تيمية يقول: هذا حديث كذب على عائشة، ولم تكن عائشة لتصلى بخلاف صلاة رسول الله ﷺ وسائر الصحابة وهى تشاهدهم يقصرون ثم تم هى وحدها بلا موجب، كيف وهى القائلة: =

الإقامة به، ولو في واد، فإن كان لا يتصور، فالأصح أنه يترخص؛ لأن العزم فاسد.

الثالث: الإقامة في صورتها إذا زادت على ثلاثة أيام انقطع الترخص، ولا يحسب في الثلاث يوم الدخول ويوم الخروج.

ثم المقيم فوق الثلاث إذا كان عازماً على أن يشغله ألا يتنجر في الثلاثة، فلا يترخص، كالمفتقه، والتاجر تجارة كبيرة، إلا إذا كان شغله قتالاً، ففيه قولان:

أحدهما: يترخص؛ لما روى أن رسول الله ﷺ قصر في بعض الغزوات ثمانية عشر يوماً، وروى سبعة عشر، وروى عشرين^(١).

والثاني: لا؛ لأنه مقيم، والقتال المحدد لا يرخص في القصر، وفعل رسول الله ﷺ يحمل على عزمه الارتحال في كل يوم إن تنجز غرضه.

«وفرضت الصلاة ركعتين فزيد في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر، فكيف يظن أنها تزيد على ما فرض الله وتخالف رسول الله ﷺ وأصحابه؟ قال الزهري لعروة لما حدثه عن أبيه عنها بذلك: فما شأنها كانت تتم الصلاة؟ فقال: تأولت كما تأول عثمان. فإذا كان النبي ﷺ قد حسن فعلها وأقرها عليه فما للتأويل حينئذ وجه، ولا يصح أن يضاف إتمامها إلى التأويل على هذا التقدير، وقد أخبر ابن عمر أن رسول الله ﷺ لم يكن يزيد في السفر على ركعتين ولا أبو بكر ولا عمر، أفيظن بعائشة أم المؤمنين مخالفتهم وهي تراهم يقصرون؟ وأما بعد موته ﷺ فإنها أتمت كما أتم عثمان وكلاهما تأول تأويلاً، والحجة في روايتهم لا في تأويل الواحد منهم مع مخالفة غيره له. والله أعلم. وقد قال أمية بن خالد لعبد الله بن عمر: إنا نجد صلاة الحضر وصلاة الخوف في القرآن، ولا نجد صلاة السفر في القرآن؟ فقال له ابن عمر: يا أحمق، إن الله بعث محمداً ﷺ ولا نعلم شيئاً، وإنما نفعل كما رأينا محمداً ﷺ يفعل. وقد قال أنس: خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى مكة فكان يصلي ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة. وقال ابن عمر: صحبت رسول الله ﷺ فكان لا يزيد في السفر على ركعتين، وأبا بكر، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، وهذه كلها أحاديث صحيحة. انتهى من زاد المعاد (١/١٧٤: ١٧٧) وإن كنت قد أطلت إلا أن هذا البحث لا بد منه هنا في هذا التحقيق.

(١) قلت: استدلل كل فريق ممن حد زماناً للمسافر يجوز فيه القصر من الأحوال التي نقلت عنه ﷺ أو من تأويلات بعض الصحابة في الإتمام رضي الله عنهم، والحجة في رسول الله ﷺ قولاً وفعلًا وتقريرًا، لا في أفعالهم خاصة وإن خالفت رواياتهم عنه ﷺ راجعها في صحيح البخاري (ح ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤)، ومسلم في صحيحه (ح ٦٨٥: ٦٩٠) ساب صلاة للمسافر وقصرها، (ح ٦٩٤: ٦٩٦ باب قصر الصلاة بمضى).

وراجع ما سبق من كلام ابن القيم، وتلخيص الحبير (٢/٤٥، ٤٦) ونصب الراية (٢/١٨٤: ١٨٦) والقياس على التحديد عند الجميع ضعيف والله أعلم.

فإن قلنا: يترخص، ففي الزيادة على هذه المدة قولان:

الأقنيس الجواز؛ لأنه لو طال القتال على رسول الله ﷺ استمر على القصر، ولما روى أن ابن عمر أقام على القتال بأذريجان ستة أشهر وكان يقصر^(١).

(١) هذا الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٢/٣) ومعرفة السنن والآثار (٢٧٤/٤)

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥٣٣/٢) (ح ٤٣٣٩) وأحمد في مسنده (٨٣/٢) عن ابن عمر قال: «يا أيها الرجل: كنت بأذريجان... قال الراوى: لا أدري قال: أربعة أشهر أو شهرين، فرأيتهم يصلونها ركعتين ركعتين...».

وقال ابن القيم: «إنه ﷺ أقام بتبوك عشرين يوماً يقصر الصلاة ولم يقل للأمة لا يقصر الرجل الصلاة إذا أقام أكثر من ذلك ولكن اتفقت إقامته هذه المدة، وهذه الإقامة في حال السفر لا تخرج عن حكم السفر سواء طال أو قصرت إذا كان غير مستوطن ولا عازم على الإقامة بذلك الموضع. وقد اختلف السلف والخلف في ذلك اختلافاً كثيراً، ففي صحيح البخاري عن ابن عباس، (ح ١٠٨)، قال: أقام رسول الله ﷺ في بعض أسفاره تسع عشرة يصلي ركعتين فنحن إذا أقمنا تسع عشرة نصلي ركعتين وإن زدنا على ذلك أقمنا. وظاهر كلام أحمد أن ابن عباس أراد مدة الإقامة بمكة زمن الفتح فإنه قال: أقام رسول الله ﷺ بمكة ثمان عشرة زمن الفتح لأنه أراد حيناً ولم يتم، ثم أجمع المقام وهذه إقامته التي رواها ابن عباس وقال غيره: بل أراد ابن عباس مقامه بتبوك كما قال جابر بن عبد الله: «أقام النبي ﷺ بتبوك عشرين يوماً يقصر الصلاة رواه الإمام أحمد في مسنده». وقال المسور بن مخرمة: «أقمنا مع سعد ببعض قرى الشام أربعين ليلة يقصرها سعد ونتمها. وقال نافع: أقام ابن عمر بأذريجان ستة أشهر يصلي ركعتين وقد حال الثلج بينه وبين الدخول. وقال حفص بن عبيد الله: «أقام أنس بن مالك بالشام سنتين يصلي صلاة المسافر». وقال أنس: «أقام أصحاب رسول الله ﷺ برام هرمز سبعة أشهر يقصرون الصلاة». وقال الحسن: «أقيمت مع عبد الرحمن بن سمرة بكابل سنتين يقصر الصلاة ولا يجمع». وقال إبراهيم: «كانوا يقيمون بالري السنة وأكثر من ذلك وسجستان السنتين». فهذا هدى رسول الله ﷺ وأصحابه كما ترى وهو الصواب.

وأما مذهب الناس فقال الإمام أحمد: إذا نوى الإقامة أربعة أيام أتم وإن نوى دونها قصر وحمل هذه الآثار على أن رسول الله ﷺ وأصحابه لم يجمعوا الإقامة البتة بل كانوا يقولون: اليوم نخرج غداً نخرج. وفي هذا نظر لا يخفى فإن رسول الله ﷺ فتح مكة وهي ما هي وأقام فيها يؤسس قواعد الإسلام ويهدم قواعد الشرك ويعهد أمر ما حولها من العرب ومعلوم قطعاً أن هذا يحتاج إلى إقامة أيام ولا يتأتى في يوم واحد ولا يومين وكذلك إقامته بتبوك فإنه أقام ينتظر العدو ومن المعلوم قطعاً أنه كان بينه وبينهم عدة مراحل يحتاج إلى أيام وهو يعلم أنهم لا يوافون في أربعة أيام وكذلك إقامة ابن عمر بأذريجان ستة أشهر يقصر الصلاة من أجل الثلج. ومن المعلوم أن مثل هذا الثلج لا يتحلل وينوب في أربعة أيام بحيث تفتح الطرق وكذلك إقامة أنس بالشام سنتين يقصرون وإقامة الصحابة برام هرمز سبعة أشهر يقصرون، ومن المعلوم أن مثل هذا الحصار والجهاد يعلم أنه لا ينقضي في أربعة أيام وقد قال أصحاب أحمد: إنه لو أقام-

أما إذا كان عزمه الخروج في كل ساعة لو تنجز غرضه ولكن اندفع بعائق، فإن كان غرضه القتال، يرخص على الصحيح؛ للخبر، ومن منع حمل ذلك على أن رسول الله ﷺ كان ينتقل من موضع إلى موضع. وإن كان غرضه غير القتال، فقولان:

أحدهما: المنع؛ لأن هذا خاصية القتال، وإلا فهو مقيم من حيث الصورة.

والثاني، وهو اختيار المزني: أنه يترخص؛ لأنه منزعج بالقلب، ولا فرق بين القتال وبين غيره في حكم القياس.

فخرج: لو خرج من بغداد يقصد الري، فبدا له أثناء الطريق العود، انقطع سفره، فلا يقصر في الحال ما لم يفارق مكانه، كمشئ السفر. ثم إن فارق وكان بينه وبين مقصده مرحلتان قصر، وإلا فلا.

ولو انتقض عزمه في العود، وأراد التمداد إلى الري ولم تبق مرحلتان لا يقصر، وكذا لو غير عزمته من الري إلى همدان، انقطع ذلك السفر، فليفارق مكانه ثم ليترخص.

القيد الثاني: الطويل:

=جهاد عدو أو حبس سلطان أو مرض قصر سواء غلب على ظنه انقضاء الحاجة في مدة يسيرة أو طويلة وهذا هو الصواب لكن شرطوا فيه شرطاً لا دليل عليه من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا عمل الصحابة فقالوا: شرط ذلك احتمال انقضاء حاجته في المدة التي لا تقطع حكم السفر وهي ما دون الأربعة الأيام فيقال: من أين لكم هذا الشرط والنبي لما أقام زيادة على أربعة أيام قصر الصلاة بمكة وتبوك لم يقل لهم شيئاً ولم يبين لهم أنه لم يعزم على إقامة أكثر من أربعة أيام وهو يعلم أنهم يقتدون به في صلاته ويتأسون به في قصرها في مدة إقامته فسم يقل لهم حرفاً واحداً: لا تقصروا فوق إقامة أربع ليال وبيان هذا من أهم المهمات وكذلك اقتداء الصحابة به بعده ولم يقولوا لمن صلى معهم شيئاً من ذلك.

وقال مالك والشافعي: إن نوى إقامة أكثر من أربعة أيام أتم وإن نوى دونها قصر. وقال أبو حنيفة: إن نوى إقامة خمسة عشر يوماً أتم وإن نوى دونها قصر وهو مذهب الليث بن سعد وروى عن ثلاثة من الصحابة: عمرو وابنه وابن عباس. وقال سعيد بن المسيب: إذا أقمت أربعاً فصل أربعاً وعنه كقول أبي حنيفة رحمه الله. وقال علي بن أبي طالب: إن أقام عشرين يوماً وهو رواية عن ابن عباس. وقال الحسن: يقصر ما لم يقدم مصرًا. وقالت عائشة: يقصر ما لم يضع الزاد والمزاد. والأئمة الأربعة متفقون على أنه إذا أقام الحاجة ينتظر قضاءها يقول اليوم أخرج غداً أخرج فإنه يقصر أبداً إلا الشافعي في أحد قولي: فإنه يقصر عده إلى سبعة عشر أو ثمانية عشر يوماً ولا يقصر بعدها. وقد قال ابن المنذر في إشرافه: أجمع أهل العلم أن للمسافر أن يقصر ما لم يجمع إقامة وإن أتى عليه سنون. انتهى. زاد المعاد (٣/٢١، ٢٢، ٢٣).

وحذّه مسيرة يومين، وبالمراحل مرحلتان، وبالأميال ثمانية وأربعون ميلاً بالهاشمي، كل ثلاثة أميال فرسخ^(١).

وقال أبو حنيفة: هو مسيرة ثلاثة أيام^(٢).

ثم رخص السفر لثمانية: أربعة منها تتعلق بالقصر والطويل، كالصلاة على الرحلة^(٣) على أصح القولين، وترك الجمعة، والتيمم، وأكل الميتة.

وأربعة تتعلق بالطويل: القصر، والفطر، والمسح ثلاثة أيام، والجمع^(٤) في أصح القولين. ثم الصوم أفضل من الفطر، وفي القصر والإتمام قولان.

وقال الصيدلاني: القصر أفضل، وفي الفطر قولان؛ لأن بدل الصوم يثبت في الذمة، ونقصان القصر لا يثبت في الذمة.

ثم لطول السفر أربعة شرائط: الأول: أن يعزم عليه في الأول، فلو خرج في طلب الآبق على عزم أن ينصرف مهما لقيه، لم يترخص، وإن مشى ألف فرسخ، إلا إذا علم

(١) وهو ما ذكره البخاري في صحيحه كتاب تقصير الصلاة باب (٤) في كم يقصر الصلاة؟ وسمى النبي ﷺ سفرًا. قال البخاري: «وكان ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم يقصران ويفطران في أربعة برد، وهي ستة عشر فرسخًا. انتهى (٣٣١/٢).

(٢) ودليله ما رواه البخاري في صحيحه ح (١٠٨٦) وجعله عنواناً لباب كم يقصر الصلاة (٤)، سبق ذكره، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ولا تسافر المرأة ثلاثة أيام إلا مع ذي محرم». وأخرجه مسلم (الحج ب ٧٤ رقم ٤١٧) وليس في ذلك دليل إنما تأول من تأول الحديث كأبي حنيفة والبخاري وغيرهما أن النبي ﷺ سَمَّى «ثلاثة أيام» سفرًا وفي رواية أخرى «يوم ولية».

(٣) وفي ذلك أحاديث منها ما أخرجه البخاري في صحيحه ح (١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥) الأول عن عبد الله بن عامر عن أبيه قال: رأيت النبي ﷺ يصلي على راحلته حيث توجهت به. قلت: وإنما ذلك محمول على النافلة لا المكتوبة وقد تقدم ذكر ذلك وانظر حديث البخاري في صحيحه (١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩).

(٤) سبق الكلام عن الجمعة، والتيمم، وأكل الميتة، والقصر، والمسح ثلاثة أيام وميائتي الكلام عن الفطر إن شاء الله في موضعه أما الجمع ففيه ما رواه البخاري في صحيحه ح (١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨) الأول عن سالم عن أبيه قال: كان النبي ﷺ يجمع بين المغرب والعشاء إذا جد السير. والثاني عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان رسول الله ﷺ يجمع بين صلاة الظهر والعصر إذا كان على ظهر سير، ويجمع بين المغرب والعشاء. والثالث عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: كان النبي ﷺ يجمع بين صلاة المغرب والعشاء في السفر، وانظر: صحيح مسلم ح (٧٠٣، ٧٠٤).

أولاً أنه لا يلقاه قبل مرحلتين.

الثاني: أن لا يحسب الإياب فى طول السفر، فلو كان مجموع الإياب والذهاب مرحلتين، لا يقصر، لا ذاهباً ولا جاثياً.

الثالث: أن يكون طوله ضرورياً، فلو ترك الطريق القصير وسلك الطويل، لم يقصر، إلا إذا كان فيه غرض من أمن، أو سهولة طريق. وفى غرض التنزه والتفرج وجهان.

الرابع: أن لا يعزم على الإقامة فى الطريق، فلو قصد سفرًا طويلاً على أن يقيم فى كل مرحلة أربعة أيام، لم يترخص.

القيد الثالث: المباح^(١):

فالعاصى بسفـره لا يترخص كالآبق، والعاق، وقاطع الطريق؛ لأن الرخصة إعانة، ولا يُعان على المعصية، ومن عَيَّن مقصداً، ولا غرض له، لم يترخص؛ لأنه عاصٍ بإتباعه نفسه.

قال الشيخ أبو محمد^(٢): من الأغراض الفاسدة، طوف الصوفى إذا لم يكن له غرض سوى رؤية البلاد. وفى جواز أكل الميتة والمسح يوماً وليلة للعاصى وجهان:

الأصح: الجواز، فإنه ليس من خصائص السفر، فأشبه تناول المباحات. أما العاصى فى سفره بالشرب وغيره، فيترخص.

فروع: لو أنشأ سفرًا مباحًا، ثم غير القصد إلى معصية، فالنص أنه يترخص؛ لأن الشروط إنما تعتبر عند ابتداء الأسباب، وقد انعقد هذا السفر سبباً مرخصاً، وكذا على العكس الآبق إذا توجه إلى سيده لم يترخص؛ لفقد الشرط فى الابتداء، وخرج ابن سريج قولاً: أن النظر إلى الحال لا إلى الابتداء، وهذا أوضح.

النظر الثانى: فى محل القصر

وهو كل صلاة رباعية مؤداة فى السفر أدرك وقتها فى السفر. والرباعية احتراز عن المغرب والصبح، فلا قصر فيهما. والمؤداة احتراز عن المقضية، ولا قصر إذا قضى فى السفر ما فات فى الحضر، ولو فات فى السفر، ففى قضائها ثلاثة أقوال:

(١) قوله «المباح» أى السفر المباح الذى لا حرج فى فعله واجباً كان أو مندوباً فيحرج بهذا القيد ما سيذكره.

(٢) هو الجوينى.

أحدها، وهو مذهب الزنى: جواز القصر؛ إذ لم يجب إلا هذا القدر. والثاني: المنع؛ لأن هذه رخصة، ووقت القضاء متسع. الثالث: إن قضى فى السفر قصرًا، وأما فى الحضر فلا، وإن تخلل حضر بين سفرين فوجهان.

فرع: نص الشافعى، رضى الله عنه، أن المسافر فى آخر الوقت يقصر، ونص فى الحائض إذا أدركت أول الوقت أنه تلزمها الصلاة.

ف قيل: قولان بالنقل والتخريج.

أحد القولين: أنه يلزم بأول الوقت الإتمام على المقيم، وأصل الصلاة على الحائض؛ لإدراك وقت الإمكان، ولتغليب جانب الوجوب.

والثاني: لا؛ لأن الوجوب إنما يستقر بكل الوقت أو بآخره.

ومنهم من فرق: بأن الحيض إذا طرأ، كان ذلك القدر من الوقت بالإضافة إلى إمكانها كل الوقت، بخلاف المسافر.

النظر الثالث: فى الشرط

وهو اثنان: الأول: أن لا يقتدى بمتهم، فإن اقتدى به ولو فى لحظة، لزمه الإتمام، ولو تردد فى أن إمامه مسافر أو مقيم، لزمه الإتمام، وإن كان مسافرًا بمجرد التردد، بخلاف ما لو شك أن إمامه هل نوى الإتمام؟ لأن النية لا يطلع عليها، وشعار المسافر ظاهر، والظاهر من المسافر أن ينوى القصر.

فروع: الأول: لو اقتدى بمتهم، ثم فسدت صلاته^(١)، لزمه الإتمام فى الاستئناف، لأنه التزم مرة بالشروع.

الثاني: لو اقتدى بمن ظنه مسافرًا، ثم بان كونه مقيمًا، لزمه الإتمام؛ لأنه مقصر، إذ شعار الإقامة ظاهر.

ولو بان أنه مقيم محدث، قال صاحب التلخيص: له القصر؛ لأنه فى الظاهر ظنه مسافرًا، وفى الباطن لم تصح قدوته.

وحكى الشيخ أبو على وجهًا: أنه يتم، ويلتفت على أن المسبوق هل يصير مدرّكًا

(١) أى فسدت صلاة الإمام المتم كأن أحدث فى صلاته، أو تذكر أنه ناقض لوضوء، أو بثوبه بحاسة ومحو ذلك فخرج من صلاته، وانفرد المقتدى المسافر أو تقدم إمامًا ليتم الصلاة لزمه الإتمام على ما بدأ به مع المتم.

بالركوع إذا بان كون إمامه محدثاً؟.

الثالث: إذا رَعَفَ الإمام المسافر وخلفه المسافرون، فاستخلف مقيماً أتم المقتدون، وكذا الراعف إذا عاد، واقتدى بالمستخلف؛ لأنه لم يكمل واحد صلاته حتى كان فيها في صلاة مقيم.

الشرط الثاني: أن يستمر على نية القصر جزءاً في جميع الصلاة، فلو لم ينو القصر ولا الإتمام لزمه الإتمام، ولو شك في أنه هل نوى القصر ولو في لحظة لزمه الإتمام، ولو قام الإمام إلى الثالثة ساهياً، فشك أنه هل نوى الإتمام، لزمه الإتمام، بخلاف ما إذا شك في نية إمامه؛ لأن النية لا يطلع عليها، وحال المسافر ظاهرة القصر، بخلاف ما إذا أقام إلى الثالثة؛ فإنه تأكد ظن الإتمام بالقيام.

أما القاصد إذا قام إلى الثالثة والرابعة سهواً، فيسجد لسهوه، ولا يعتد به إتماماً، بل لو قصد أن يجعله إتماماً لزمه أن يقوم فيصلي ركعتين أخريين.

* * *

الباب الثاني: في الجَمْع

والجمع بين الظهر والعصر، وبين المغرب والعشاء في وقتيهما جائز بسببين: السفر، والمطر^(١)، ونعني به السفر المباح. وقال أبو حنيفة: لا يجوز الجمع بالسفر.

(١) قدمنا ذكر أدلة الجمع بين الظهر والعصر بسبب السفر، أما بسبب المطر للمقيم فلحديث ابن عباس، رضى الله عنهما، أن النبي ﷺ صلى بالمدينة سبعمائة وثمانيناً الظهر والعصر، والمغرب والعشاء. متفق عليه، وفي لفظ للجماعة إلا البخاري وابن ماجه: جمع بين الظهر والعصر، وبين المغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر، قيل لابن عباس: ما أراد بذلك؟ قال: أراد أن لا يخرج أمنه. كذا أورده صاحب منتقى الأخبار. قال الشوكاني في شرحه له: ووقد استدل به القائلون بجواز الجمع مطلقاً بشرط أن لا يتخذ ذلك خلقاً وعادة.

قلت: وقد عارض العمل به الجمهور كما قال الترمذي في آخر سننه في كتاب العمل. وقد أحاب الجمهور عن حديث ابن عباس بأحوية كلها مردودة وقيل إن الحديث يعنى الجمع الصورى لا الحقيقى أى تأخير الظهر وتعجيل العصر، وتأخير المغرب، وتعجيل العشاء واستدل من قال بذلك كالشوكاني بأدلة، وإن كان الحديث يدل على العمل به مطلقاً لكن القول بالجمع الصورى أولى من مخالفة الحديث لأن الحديث صحيح وترك الجمهور للعمل به لا يقدر فى صحته ولا يوجب سقوط الاستدلال به خاصة وأن بعض أهل العلم سلفاً وخلقاً أخذوا به مما يرد الإجماع المزعوم الذى ادعاه من قال بعدم العمل به. انظر: نيل الأوطار (٣/٢١٥):

وفى السفر القصير عندنا قولان: أحدهما: نعم؛ فإن أهل مكة يجمعون بمردلة وسفرهم قصير. والثاني: لا كالقصر، وأهل مكة يجمعون بعذر النسك، ولذلك يجوز لأهل عرفة أيضًا وليسوا مسافرين.

ومن علل بالسفر منع أهل عرفة من الجمع، ويخرج أهل مكة على القولين.

ثم شرائط الجمع ثلاثة:

الأول: الترتيب: وهو تقديم الظهر على العصر، مهما عجل العصر، فإن آخر الظهر إلى وقت العصر، ففي تقديمه وجهان:

ووجه الفرق: أن العصر في وقته، فلم يفتقر إلى تقديم غيره، بخلاف العصر في وقت الظهر.

الثاني: الموالاة عند التقديم: فلا يحتمل الفصل بأكثر من قدر إقامة؛ لتحقيق صورة الجمع.

فأما في التأخير، ففي الموالاة وجهان. وفائدة اشتراطها في التأخير أن يصير الظهر فائتة لا يجوز قصرها إذا لم يصل العصر عقيبها.

الثالث: نية الجمع عند التقديم: في أول الصلاة الأولى أو في وسطها، فلو نوى في أول الصلاة الثانية لم يجز.

وقال المزني: يجوز؛ لأن اتصالها به لا يزيد على اتصال سجود السهو.

ومعنى النية في التأخير أن لا يتركها على قصد التكامل والترك، فيعصى به وتصير قضاء، وقد تردد الأصحاب في أن الظهر المؤخر مع نية الجمع أداء أو قضاء، والصحيح أنه أداء.

السبب الثاني: المطر:

وقد جمع رسول الله ﷺ بالمدينة من غير خوف ولا سفر^(١). وقال الشافعي، رضى

(١) الحديث عن ابن عباس سبق ذكره من متقى الأخبار بالفاظه، أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب مواقيت الصلاة باب تأخير الظهر إلى العصر (٥٤٣٦) وفى آخره فقال أيوب: لعله فى ليلة مطيرة؟ قال: عسى. وصحيح مسلم (٤٨٩/١ ح ٧٠٥)، وأبو داود (ح ١٢١٠)، والترمذى (٣٥٤/١، ٣٥٥)، بلفظ: «من غير خوف ولا مطر»، قال: فقيل لابن عباس: ما أراد بذلك؟ قال: أراد أن لا يخرج أمته. والنسائى (١/٢٩٠).

ما أراه إلا من عذر المطر. ولا خلاف أن الأحوال والرياح لا تلحق بالمطر، وفي الثلج خلاف.

هذا في الجماعة، أما من يصلي في بيته، أو كان طريقه إلى المسجد في ركن، ففي حقه وجهان.

ثم قال أصحابنا: التقديم بعذر المطر جائز، وفي التأخير وجهان؛ لأنه بالتقديم يفرغ قلبه، وفي التأخير لا يأمن انقطاع المطر.

فرع: لو نوى الإقامة قبل صلاة العصر بطل الجمع، ولو نوى في خلال العصر فوجهان، ولو نوى بعد العصر وأدرك العصر، فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا يبطل.

أما انقطاع المطر في أثناء الظهر والعصر بعد اتصاله بأول الصلاتين غير ضار.

وقال أبو زيد: ينبغي أن يتصل المطر بالتحلل من الأول، والتحريم بالثاني؛ ليتحقق الجمع والاتصال.

هذا إذا كان ينقطع ويعود، فلو انقطع ولم يعد، فهو كما لو نوى المسافر الإقامة.

* * *

كتاب الجمعة^(١)

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في شرائطها

وهي ستة:

الأول: الوقت^(٢)، فلو وقعت تسليمه الإمام في وقت العصر فاتت الجمعة. والمسبوق لو وقع آخر صلاته في وقت العصر، فيه وجهان:

أحدهما: أنها تصح؛ لأنه تابع للقوم، وقد صحت صلاتهم، ولذلك حُطَّ شرط

(١) واعلم أن الجمعة من الاجتماع، كالفرقة من الافتراق، أضيف إليها اليوم حقيقة، والأسبوع بأسره مجازاً مرسلاً من باب تسمية الكل باسم الجزء، وسميت الصلاة بصلاة الجمعة لاجتماع الناس لها، وسمى اليوم بالجمعة لمجامع الخير فيه وقيل لاجتماع آدم وحواء فيه، وقيل لاجتماع خلق آدم فيه، وكان يسمى في الجاهلية بيوم عروبة.

(٢) اتفق أهل العلم على أن شروط الجمعة هي بعينها شروط الصلاة المفروضة ما عدا الوقت والأذان، أما الوقت فالشافعي ومن وافقه على أنها لا تصح إلا بعد الزوال، وأحمد على أنها لا تجوز قبل الزوال يعني وقت الظهر بعينه وهو قول الجمهور والسبب في هذا الاختلاف مفهوم كل فريق مما ورد من أخبار مثل ما روى عن سهل بن سعد، أنه قال: ما كنا نتغدى على عهد رسول الله ﷺ ولا نقبل إلا بعد الجمعة. أخرجه البخاري (ح ٩٣٩)، ومسلم (ح ٨٥٩/٣٠)، وأحمد (٢٣٦/٥)، وأبو داود (ح ١٠٨٦)، والترمذي (١٩/٢)، وابن ماجه (ح ١٠٩٩).

وفي لفظ للبخاري: كنا نصلي مع النبي ﷺ الجمعة، ثم تكون القائلة. وروى من حديث سلمة ابن الأكوع، قال: كنا نجتمع مع رسول الله ﷺ، ثم نرجع نتبع النبي. وفي لفظ للبخاري: ثم نصرف وليس للحيطان ظل نستظل به. وعند مسلم: ما نجد فينا نستظل به. أخرجه البخاري (ح ٤١٦٨)، ومسلم (ح ٨٦٠/٣١)، وأبو داود (ح ١٠٨٥)، والنسائي (ح ١٣٩١)، وابن ماجه (ح ١١٠)، وأحمد (٤٦/٤)، والبيهقي (١٩٠/٣)، والدارمي (٣٦٣/١)، وابن أبي شعبة (٣٠٧/١).

وروى عن الزبير بن العوام بلفظ: كنا نصلي مع رسول الله ﷺ ثم نبتل في الآجام، فما نجد إلا مواضع أقدامنا. أخرجه أحمد (١٦٧/١)، وأبو يعلى (ح ٦٨٠)، والدارمي (٣٦٣/١). وروى نحوه عن عمار بن ياسر، ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٨٦/٢)، وعزاه لطبراني في الكبير.

وروى عن أنس بن مالك، أن النبي ﷺ كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس. أخرجه البخاري (ح ٩٠٤)، وأحمد (١٢٨/٣)، والترمذي (ح ٥٠٣)، وأبو داود (ح ١٠٨٤)، والبيهقي (١٩٠/٣).

القدوة في الركعة الثانية عنه.

والثاني: أن الجمعة فائقة؛ لأن الاعتناء بالوقت أعظم، بخلاف القدوة وانقضاء العدد، فإنهما يتعلقان بغير المصلى، فالأمر فيهما أخف.

الشرط الثاني: دار الإقامة، فلا تقام الجمعة في البوادي ولا عند الخيام؛ لأنها معرضة للنقل، وإن كان لإقامتهم أثر في قطع رخص السفر، وإن كان أبنيتهم من سعف وخشب جاز؛ لأنهما لا ينقل، ولا يشترط أن يعقد الجمعة في ركن أو مسجد، بل يجوز في الصحراء إذا كان معدوداً من خطّة البلد، فإن بُعداً عن البلد بحيث يترخص المسافر إذا انتهى إليه، لم تنعقد الجمعة فيها، بخلاف صلاة العيد، فإنه لا يشترط فيها دار الإقامة، ويشهدا الرحالة والركبان، فالأحب فيها الخروج.

وقال أبو حنيفة: لا يقام في القرى، بل لابد من مصر جامع بسوق قائم ونهر جار وسلطان قاهر.

الشرط الثالث: أن لا تكون الجمعة مسبوقة بأخرى، فلا تنعقد في بلد جمعتان؛ لأنه إذا لم تجز إقامتها في كل مسجد كسائر الجماعات، فال مقصود شعار الاجتماع، ثم لا مرد بعد الواحد. وقال أبو يوسف: تصح جمعتان ولا تصح ثلاثة، وهو تحكّم.

فرعان: أحدهما: إذا كثر الجمع وعسر الاجتماع في مسجد واحد، إما للزحمة، وإما لنهر لا يخوض إلا السابح كدجلة، فيحوز عقد جمعتين كما ببغداد.

ومنهم من علل حكم بغداد بأنها كانت قرى متفاصلة، فحدثت العمارات الواصلة، فاستمر الحكم القديم.

قال صاحب التريب: حكم العلة يقتضي أن يترخص المسافر عن قريته، وإن لم يجاوز هذه العمارات استصحاباً لما كان، فإن لم يُحَوَّزْ له الترخّص نظراً إلى ما حدث، فمقتضاه منع الجمعتين، وما ذكره متجه، فهو في محل التردد.

الثاني: لو عقدت جمعتان، فالسابقة هي الصحيحة إن كان فيها السلطان، وإن كان السلطان في الثانية، فوجهان.

وهذا التردد بعيد عند الشافعي، رضى الله عنه، إذ لا تعلق للجمعة عنده بالسلطان.

ولكن يصح للترجيح، إذ لا يعجز كل شذمة عن المبادرة بعقد جمعة، فيفوتون على الباقيين. ثم النظر في السبق إلى تحريمة الصلاة.

وقيل: إلى التحلل، وقيل: إلى أول الخطبة، وهما ضعيفان.

أما إذا وقعتا معاً تدافعتا. وإن احتمل التساوق والتلاحق تدافعتا أيضاً واستؤنفت الجمعة، إذ لم يحصل لأحد براءة الذمة في حال، وإن تلاحقا ولكن لم يعرف السابق، فقولان، أظهرهما التدافع، إذ لم تحصل البراءة.

وحكى الربيع بن سليمان أنهم يصلون الظهر، إذ صحت جمعة في علم الله تعالى قطعاً.

أما إذا تعين السابق ثم التبس، فالمذهب أن الجمعة فائتة، وقيل: بطرد القولين، وهو بعيد.

الشرط الرابع: العدد، فلا تنعقد الجمعة عندنا بأقل من أربعين^(١) ذكوراً مكلفين

(١) هذا مذهب الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه، وبه قال عبيد الله بن عتبة، وعمر بن عبد العزيز، واستدلوا بما روى عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، وكان قائداً أبيه بعدما ذهب بصره، عن أبيه كعب، رضى الله عنها، أنه كان إذا سمع النداء يوم الجمعة ترحم لأسعد بن زرارة، قال: فقلت له: إذا سمعت النداء ترحمت لأسعد بن زرارة؟ قال: لأنه أول من جمع بنا في هزم النبي من حرة بنى بياضة في نقيع يقال له: الخضعات، قلت: كم كنتم يومئذ؟ قال: أربعون رجلاً. وفي لفظ لابن ماجه: كان أول من يصلي بنا صلاة الجمعة قبل مقدم النبي ﷺ من مكة. أخرجه أبو داود (ح ١٠٦٩)، وابن ماجه (ح ١٠٨٢)، والبيهقي (١٧٧/٣)، والحاكم (٢٨١/١)، والدارقطني (٦٠٥/٢). قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

واعلم أن الخلاف في هذه المسألة منتشر، حتى أن الحافظ في فتح الباري ذكر فيها خمسة عشر مذهباً نقلها الشوكاني في نيل الأوطار (٢٣١/٣، ٢٣٢)، ثم قال: واعلم أنه لا مستند لاشتراط ثمانية، أو ثلاثين، أو عشرين، أو تسعة، أو سبعة، كما أنه لا مستند لصحتها من الواحد المنفرد. وأما من قال: إنها تصح باثنين، فاستدل بأن العدد واجب بالحديث والإجماع، ورأى أنه لم يثبت دليل على اشتراط عدد مخصوص، وقد صحت الجماعة في سائر الصلوات باثنين، ولا فرق بينها وبين الجماعة، ولم يأت نص من رسول الله ﷺ بأن الجمعة لا تنعقد إلا بكذا، وهذا القول هو الراجح عندي. وأما الذي قال: بثلاثة، فرأى العدد واجباً في الجمعة كالصلاة، فشرط العدد في المأمومين المستمعين للخطبة.

وأما الذي قال: بأربعة، فمستنده حديث أم عبيد الله الدوسية، وهو مرفوع بلفظ: «الجمعة واجبة على كل قرية فيها إمام، وإن لم يكونوا إلا أربعة». وفي رواية: «وإن لم يكونوا إلا ثلاثة رابعهم الإمام». وقد ضعفه الطبراني، وابن عدي، وفيه متروك. قال في التلخيص: وهو مقطع لا يتنهض الاحتجاج به. وله طريق أخرى عند الدارقطني، وفيها متروكون، وله طريق ثالثة عنده أيضاً، وفيها متروك. قال السيوطي: وقد حصل من اجتماع هذه الطرق نوع قوة للحديث. وفيه أن الطرق التي لا تخلو كل واحدة منها من متروك، لا تصلح للاحتجاج، وإن كثرت.

أحراراً مقيمين لا يظعنون شتاء ولا صيفاً إلا للحاجة.

وهل يشترط أن يكون الإمام زائداً على الأربعين؟ فيه وجهان. ومستند العدد أن المقصود الاجتماع، ولم ينقل في التقدير خبر. والأربعون أكثر ما قيل. وقال جابر بن عبد الله: مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة^(١)، فاستأنس الشافعي به وبمذهب عمر بن عبد العزيز وبالاختياط.

فرع: إذا انقض القوم، فله ثلاثة أحوال:

الأولى: في الخطبة، فلو سكوت الإمام وعادوا على قرب، أو مكانهم آخرون بنى عليه، وإن مضى ركن في غيبتهم لم يعتد به؛ لأن الخطبة واجبة الاستماع، فلا بد من استماع أربعين جميع الأركان قولاً واحداً، وإن طال سكوت الإمام، ففي جواز البناء قولان يقربان من قول الموالاة في الرضوء.

الثانية: أن ينقضوا بعد الخطبة وقبل الصلاة: وطال الفصل، ففي جواز بناء الصلاة قولان يُعبرُ عنهما بأن الموالاة بين الخطبة والصلاة هل يشترط؟ فإن قلنا: تشترط، فلا بد من إعادة الخطبة. فإن لم تُعد أتم المنفوضون. وفي إثم الخطيب قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه أدى ما عليه، وإنما الذنب للقوم. والثاني: نعم؛ لأنه تمكن من الإعادة.

الثالثة: أن ينقضوا في خلال الصلاة: ففيه ثلاثة أقوال منصوصة:

سواء الذي قال: باثني عشر، مستنده حديث جابر في الانقضاء، وسيأتي. وفيه أنه يدل على صحتها بهذا المقدار، وأما أنها لا تصح إلا بهم فصاعداً لا بما دونهم، فليس في الحديث ما يدل على ذلك.

وأما من قال: باشتراط الخمسين، فمستنده ما أخرجه الطبراني في الكبير، والدارقطني، عن أبي أمامة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الجمعة على الخمسين رجلاً، وليس على ما دون الخمسين جمعة». قال السيوطي: لكنه ضعيف، ومع ضعفه فهو محتمل التأويل؛ لأن ظاهره أن هذا العدد شرط لوجوب لا شرط للصحة، فلا يلزم من عدم وجوبها على ما دون الخمسين عدم صحتها منهم. راجع باقي كلام الشوكاني في الموضع الذي أشرنا له.

(١) قوله: والأربعون أكثر ما قيل. فيه نظر، ولا يخفى عليك ما ذكرناه آنفاً من حديث أبي أمامة فيه: «الجمعة على الخمسين». أخرجه الطبراني (٢٩١/٨)، والهيشمي (١٧٦/٢)، والتمتقي الهندي (٢١٠٩٧)، ولكنه ضعيف. أما حديث جابر الموقوف الذي ذكره المصنف، فقد أخرجه الدارقطني (٤/٢)، والبيهقي (١٧٧/٣)، والزبيلي في نصب الراية (١٩٨/٢)، واس حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٢)، وقد تقدم الكلام عنه.

أحدها: أن تبطل الجمعة بنقصان العدد في لحظة، كما في الوقت، وكما في الخطبة، فعلى هذا لو تأخر تكبير المقتدين إلى فوات الركوع، لم تنعقد الجمعة، وإن تأخر بحيث لم تفتهم الفاتحة انعقدت، وإن تأخر بحيث التحقوا بالمسبوقين، ففيه تردد، والأصح المنع. ولو انفضوا بعد الشروع ولحق الإمام أربعون على الاتصال ممن سمعوا الخطبة استمرت الصحة، وإن لم يسمعوا فلا، إلا إذا لحقوا قبل انفضاض السامعين، فتستمر الجمعة وتستقل بهم، وكانوا كثمانين سمعوا وانقض منهم أربعون.

والقول الثاني: إن كمال العدد لا يشترط إلا في الابتداء للانعقاد، وفي الدوام يكفى أن يبقى واحد لتبقى الجماعة.

والقول الثالث: أنه لا بد وأن يبقى اثنان والإمام ثالثهم؛ ليقى أقل الجمع.

وخرج قول رابع: إنه يصح، وإن لم يبق إلا الإمام؛ لأن الناقص كالمعدوم. وخرج المزني خامساً: وهو أنهم إن انفضوا في الأولى بطلت، وفي الثانية لا، فأنفراد الإمام كافراد المسبوق بركة ثانية.

الشرط الخامس: الجماعة: فلا يصح الانفراد بالجمعة، ولا يشترط حضور السلطان في جماعتها ولا إذنه في جماعتهم، خلافاً لأبي حنيفة.

وفيه ثلاث مسائل: الأولى^(١): في أحوال الإمام: فإن كان العدد قد تم به، فلا بد وأن يكون كاملاً مصلياً للجمعة، وإن كمل العدد دونه، فله أحوال:

الأولى: أن يكون متفلاً أو صبيّاً، فقولان: أحدهما: الصحة؛ لأن الاقتداء في الفرض بالفل جائز. والثاني: لا؛ لأنه الأصل، فاعتبار كماله ليكون في جمعة مفروضة أولى.

الثانية: أن يكون محدثاً ولم يعلم، فقولان مرتبان. وأولى بالبطلان؛ لأن الإمام هاهنا ليس مصلياً، إلا أنه في حق المقتدى كالمصلي.

ولو أدرك المسبوق ركوع الركعة الثانية، ففيه وجهان يرجع حاصلهما إلى أن المصلي خلف المحدث مع الجهل مقتد أو منفرد؟ فإذا جعلناه منفرداً لم تصح الجمعة به، وإذا صححنا الجمعة، لزم إلحاق المسبوق به.

الثالثة: أن يكون الإمام عبداً أو مسافراً، فهما في جمعة مفروضة، فالصحيح الجواز.

وفيه وجه إذا قلنا: إن الإمام محسوب من الأربعين، لا يصح، بل تشترط فيه

صفات الكمال.

الرابعة: إذا قام الإمام إلى الثالثة في الجمعة ناسياً، فأدركه مسبوق فيها، فهذا مُصَلٌّ، لكن فعله ليس محسوباً من الجمعة، فهو كالمحدث في حقه إذا لم يعلم.

وقيل: إنه لا يدرك الجمعة به؛ لأن الحدث لا يعرف، والزيادة تعرف، فكان ككفر الإمام وأنوئته.

المسألة الثانية: في الاستخلاف:

وقد اختلف قول الشافعي، رضى الله عنه، في جواز أداء صلاة واحدة تخلف إمامين بأن تبطل صلاة الأول بمحدث أو غيره، فيستخلف غيره في الباقي. الجديد جوازه، وقد نقل فيه الخبر^(١).

واختلفوا في محل القولين: منهم من أطلق، ومنهم من خصص بالجمعة وقطع بجوازه في غيرها.

ولو خطب واحد وأمّ آخر، فقولان مرتبان، وأولى بالجواز. فإن منعنا الاستخلاف تعذرت الجمعة إلا بالاستئناف إن كان حدث الإمام في الأولى، وإن كان في الثانية، فيتمونها جمعة، ولا يضر انفرادهم في الثانية كالمسبوق.

وإن فرعنا على الجديد، فله ثلاثة شرائط: الأول: أن يستخلف من كان مقتدياً به، فلا يصح استخلاف من لم يشرع في الابتداء. الثاني: أن يستخلف على الفور، فلو أدوا

(١) روى هذا الخبر عن سهل بن سعد، أن رسول الله ﷺ ذهب إلى بني عمرو بن عوف؛ ليصلح بينهم، فحانت الصلاة، فجاء المؤذن إلى أبي بكر، فقال: أتصلي بالناس فأقيم؟ قال: نعم، قال: فصلى أبو بكر، فجاء رسول الله ﷺ والناس في الصلاة، فتخلص حتى وقف في الصف، فصفق الناس، وكان أبو بكر لا يلتفت في الصلاة، فلما أكثر الناس التصفيق، فرأى رسول الله ﷺ، فأشار إليه رسول الله أن امكث مكانك، فرفع أبو بكر يديه، فحمد الله على ما أمره به رسول الله ﷺ من ذلك، ثم استأخر أبو بكر حتى استوى في الصف وتقدم النبي ﷺ، فصلى ثم انصرف، فقال: يا أبا بكر، ما منعك أن تتبّت إذ أمرتك؟ فقال أبو بكر: ما كان لابن أبي قحافة أن يصلى بين يدي رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: وما لي رأيتمكم أكثرتم التصفيق؟ من نابه شيء في صلاته فليسيح، فإنه إذا سبج التفت إليه. أخرجه مسلم (ح ٤٢١)، والبخاري (١/١٧٥، ٢/٨٤، ٨٩، ٣/٢٣٩)، والطبراني (٦/٢٣٩)، والسنائي (ب ٤ الإمامة ب ٧)، وأبو داود (استفتاح الصلاة ب ٥٨)، وأحمد (٥/٢٣٠)، والبيهقي (٢/٢٤٦، ٣٤٨، ١٢٢).

ركنا قبل استخلافه، لم يجوز. الثالث: أن يكون المستخلف قد سمع الخطبة على أحد الوجهين، والأظهر أن ذلك لا يشترط؛ لأنه شارك في الشروع في الجمعة، ولا يشترط فيه ثلاثة أمور:

الأول: أن يكون حدث الإمام سبقاً، بل لو تعمد واستخلف جاز، خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن سبق الحدث في الجديد مبطل كالعمد. الثاني: لا يشترط استئناف نية القدوة، بل هو خليفة الأول، فكأنه هو. الثالث: لا يشترط صدوره من الإمام، بل لو قدم القوم أو واحد منهم، أو تقدم واحد بنفسه جاز. وإن اجتمع تعيين القوم والإمام، فلعل تعيين القوم أولى؛ لأنهم المصلون. ويجب عليهم التقديم في الركعة الأولى إذ لم يستخلف الإمام، وإن كان في الركعة الثانية، فلهم الخيرة بين الانفراد وبين التقديم.

فروع: لو استخلف في الثانية مسبوقاً بالأولى، لكن بعد أن اقتدى به في الثانية لم يجوز إن شرطنا سماع الخطبة، وإن لم نشترط، فقولان، مأخذ المنع أنه ليس مصلية للجمعة، فلا يصلح للخلافة؛ لأنه لم يدرك مع الإمام ركعة، ولا هو إمام مستقل. فإن جوزنا، قال الشافعي، رضى الله عنه: هذه في حقه ركعة الأولى، ولكن ينبغي أن يجلس للتشهد على ترتيب صلاة الإمام، فإذا انتهى إلى التحلل، قام إلى ما قصده من ظهر أو نفل وأومى إلى القوم ليتحللوا عن جمعته، فإذا قام ما عليه لم يتم جمعته؛ لأنه كان مقتدياً في أول عقد الصلاة، ولم يدرك مع الإمام ركعة على قول، فإذا لم تصح جمعته، فهل تصح ظهراً؟ تخرج على أصولين:

أحدهما: أن الظهر هل ينعقد بنية الجمع؟ فإنه قد نوى الجمعة، وفيه خلاف. والثاني: الظهر قبل الفراغ من الجمعة، هل يصح؟ فإن تحرمه بالصلاة مقدم على فراغ القوم.

فإذا قلنا: لا يصح ظهره، فيكون نقلاً أو باطلاً، إلى نظائر هذا في حق غير المستخلف خلاف.

فإن قلنا: إنه باطل، لم يكن تقرير هذا القول تقريراً على جواز استخلاف المسبوق، ثم ينقدح أن يجعل نقلاً، فعلى هذا لو اقتدى بهذا المسبوق المستخلف مسبق، فهل يكون مدركاً للجمعة؟ يبنى على أن الاقتداء بالمتنفل هل يجوز في الجمعة؟ فإن جوزنا، فهو مدرك للجمعة، وإن لم يكن إمامه في الجمعة؛ لأنه نائب الأول في حق القوم.

وإن قلنا: لا يجوز، لم يكن المسبوق المقتدى به مدركاً بخلاف القوم الأول، فإنهم أدركوا ركعة مع الإمام من الجمعة، والاقتداء في الثانية بالخليفة ليس واجباً، فإن اقتدوا

يمتنع كانوا كالمقتدين في سائر الصلوات، وهذا كله تصرف ابن سريج

المسألة الثالثة: في الزحام:

فإذا زوحم المقتدى عن سجود الركعة الأولى، فليسجد على ظهر غيره على هيئة التسكيس، فإن عجز عن التسكيس، فله نية الانفراد في غير الجمعة لعذر الزحمة، وفي الجمعة ينتظر التمكن.

وقيل: إنه يومي، أو يتخير بين الإيماء والانتظار، كتخير العارى بين الصلاة قائماً أو قاعداً، وهو ضعيف؛ لأن دقة التخلف عن الإمام لا تقاوم ما بين السجود والإيماء، فإن الإيماء ترك للسجود.

ثم له صورتان: إحداهما: أن يتمكن قبل ركوع الإمام، فعند فراغه للإمام أربعة أحوال:

الأولى: أن يكون قائماً، فيقرأ ويركع معه، ولا يضره التخلف للعذر.

الثاني: أن يكون راکعاً، فهل يلتحق بالمسبوق حتى تحط عنه الفاتحة في الركعة الثانية؟ فوجهان مشهوران.

الثالثة: أن يجد الإمام رافعاً من الركوع، فإن قلنا: إنه كالمسبوق عند إدراك الركوع حتى لا يشتغل بالقراءة، فهانئاً يتابع الإمام، إلا أنه لا يكون مدرّكاً هذه الركعة، فيقوم بعد سلام الإمام إلى الثانية.

وإن قلنا: ليس كالمسبوق، فيشتغل بترتيب صلاة نفسه، فكذلك يفعل هانئاً، ثم يسعى خلف الإمام بحسب الإمكان، والقعدة منسحبة عليه.

الرابعة: لو سلم الإمام قبل فراغه من السجود فاتته الجمعة؛ لأنه لم يدرك مع الإمام ركعة تامة.

الصورة الثانية:

للمأموم أن لا يتمكن من السجود حتى يركع الإمام، فإن أمرناه بالركوع موافقة، فاته سجود الركعة الأولى، ولم تنتظم صلاته، وإن أمرناه بالسجود، كثر تخلفه عن الإمام، وجاوز الركوع الثاني، وهو مرد الإدراك، فقيه قولان؛ لتعارض الإشكاليين:

فإن قلنا: يركع فرقع فالمحسوب له الركوع الأول ليكون الحاصل ركعة ملفقة من

ذلك الركوع وهذا السجود، أو المحسوب الركوع الثاني ليتصل بالسجود، وفيه وجهان. فإن قلنا: المحسوب هو الأول، فركعة واحدة ملفقة هل تصلح لإدراك الجمعة بها وهي دون الركعة المنظومة في الجمعة؟ فعلى وجهين. فإن قلنا: لا يدرك فقد فاتت الجمعة.

فرع: لو خالف فلم يركع مع الإمام ولكن يسجد، فإن كان عالماً مستديماً نية القدوة بطلت صلاته، وإن قطع نية القدوة ففيه قولان كما في سائر الصلوات؛ لأن الآن قد فاتت الجمعة، فإن كان جاهلاً فلا تبطل صلاته، وسجوده سهو فيقدر كأنه لم يسجد، فإن لحق الإمام في الركوع فقد عاد التفريع كما مضى، وإن فات الركوع نظراً: فإن راعى ترتيب صلاة نفسه فإذا سجد في ركعته^(١) الثانية حصلت له ركعة ملفقة؛ لوقوع السجدة بعد الركوع الثاني.

فإن قلنا: يدرك بالملفقة فقد حصل السجود في قدوة حكمية، فهل تصلح الحكمية لإدراك الجمعة؟ فيه وجهان.

ومن منع جعل الركوع الثاني نهاية انسحاب حكم القدوة، فإذا سجد قبله كان كالمقتدى حساً، وإن كان بعده كان مقتدياً حكماً.

أما إذا تابع الإمام بعد الفراغ من سجوده الذي سها به فقد سجد الإمام حساً ونمت له ركعة ملفقة وقد ذكرناها.

أما إذا فرعنا على القول الثاني وهو: أنه لا يركع مع الإمام بل يراعى ترتيب صلاة نفسه، فإن خالف مع العلم وركع مع الإمام بطلت صلاته، وإن كان جاهلاً لم تبطل وحصل له بسجوده مع الإمام ركعة ملفقة، وإن وافق قولنا وسجد فسجوده واقع في قدوة حكمية فيصلح للإدراك على أحد الوجهين.

فعلى هذا للإمام حالتان عند فراغه من السجود: إن كان راکعاً بعد وألحقنا المسبوق في الركعة الثانية بالمسبوق في الأولى فيركع معه وقد أدرك الركعتين. وإن قلنا: ليس كالمسبوق فالأظهر أنه يجرى على ترتيب صلاة نفسه. وكذا إذا وجدته رافعاً رأسه من الركوع؛ لأننا في هذا القول أمرناه بترتيب صلاة نفسه مع كون الإمام راکعاً فكيف فيما بعده؟.

تنبيهات: الأول: أنا حيث حكمنا بقوات الجمعة هل تنقلب صلاته ظهراً؟ فيه قولان

(١) في الأصل «ركعة»، وهو خطأ لعله سهو من الناسخ وما أثبتناه هو الصواب.

ينبغيان على أن الجمعة ظهر مقصور أو هي صلاة على حالها؟ وفيه قولان:

فإن قلنا: ظهر مقصور جاز أن يتأدى الظهر بتحريم الجمعة، كما يتأدى الإتمام بنية القصر.

وإن قلنا: لا تتأدى ظهراً فهل تنقلب نفلًا؟ ينبغي على أن من تحرم بالظهر قبل الروال هل تعتقد صلاته نفلًا؟ وفيه قولان:

فإن قلنا: لا تعتقد صلاته نفلًا فالقائل بهذا لا يأمره في مسائل الزحام بالفعل الذي أمرناه به إذا كان يفضي آخره إلى البطلان، فإنه تفرغ يرفع آخره أوله.

الثاني: لو زوحم عن السجود في الركعة الثانية، فإن لم يكن مسبقًا فيتدارك ولو بعد سلام الإمام؛ لأنه أدرك ركعة معه، وإن كان مسبقًا ولم يتدارك قبل السلام فقد فاتت الجمعة.

الثالث: النسيان هل يكون عذرًا كالزحام؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن النسيان والعمد في الأفعال الكثيرة على وتيرة واحدة في الصلاة.

والثاني: لا؛ لأن عذر النسيان نادر فلا يتهض عذرًا مرخصًا في التحلف.

الشرط السادس: الخطبة:

والنظر في ثلاثة أطراف:

الأول: في أركانها، وهي خمسة:

الأول: الحمد لله^(١) ولا يقوم مقامه لفظ آخر، بل يتعين ككلمة التكبير. الثاني: الصلاة على رسول الله ﷺ ويتعين لفظ الصلاة^(٢). الثالث: الوصية بتقوى الله^(٣)، ولا

(١) وذلك لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «كل كلام لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أجزم» أخرجه أبو داود (٤٨٤٠)، والسيوطي في الدر المنثور (٤٣٨/٢)، والبعثي في شرح السنة (٥١/٩)، والألباني في إرواء الغليل (٧٣/٣).

والحديث في إسناده عمران بن داود أبو العوام البصري ضعفه ابن معين والسائي، وقال عفان: كان ثقة. واستشهد به البخاري، وقد صحح إسناده هذا الحديث النووي في شرح مسلم. انظر: نيل الأوطار (٢٦٤/٣).

(٢) لأن كل عبادة افتقرت إلى ذكر الله تعالى افتقرت إلى ذكر نية كالأذان والصلاة، أما تعيين صيغة الصلاة، كاللهم صلى على محمد، أو أصلي، أو تصلي على محمد، أو أحمد، أو الرسول، أو النبي، أو الماحي، أو العاقب، أو المبشر، أو النذير؛ فلا يجزئ رحم الله محمدًا، أو صلى الله

يتعين فيه لفظ، إذ الغرض الوعظ والتحذير، وأقله: أن يقول: «أطيعوا الله».

قال الشافعي، رضى الله عنه: وأبواب المواعظ راجعة إلى الأمر بالطاعة، والزجر عن المعصية، وفي أحدهما ما يُشعر بالثاني، فيكتفى به.

الرابع: الدعاء للمؤمنين والمؤمنات. وأقله: أن يقول للحاضرين: رحمكم الله، ولا يكفى أن يقتصر في دعائه على حظوظ الدنيا.

الخامس: قراءة القرآن. وأقله: آية واحدة، ويحتمل أن لا يكتفى بآية لا تفهم كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ [المائدة: ٢١]، ويكتفى بشرط آية يفيد المعنى.

فأقل الخطبة أن يقول: الحمد لله والصلاة على رسوله، أطيعوا الله، رحمكم الله ويقرأ معه آية.

والأركان الثلاثة الأولى واجبة في الخطبتين، والدعاء لا يجب في الثانية، وفي اختصاص القراءة بالأولى وجهان.

وصاحب التلخيص لم يعد إلا الثلاث ولم ير الدعاء والقراءة ركناً، ونقل ذلك عن إمام الشافعي، رضى الله عنه. وقال أبو حنيفة: أقلها أن يقول الإمام في نفسه: «سبحان الله».

فرع: لو أبدل بعض الأركان بآيات تفيد معناها من القرآن فلا بأس، ولو أبدل الكل ففيه نظر؛ إذ يكاد يكون تغيراً للوضع؛ فإن الذكر مقصود فيها كما في التشهد والقنوت إلا أنه لم يعين حتى لا يأنس الناس به فيسقط وقعه من نفوسهم.

الطرف الثاني: الشرائط، وهي سبعة:

الأول: الوقت فلا بد من تأخيرها عن الزوال^(١).

والثاني: تقديمها على الصلاة؛ كيلا يتفرق الناس بخلاف صلاة العيد.

عليه، أو صلى على جبريل ونحوهما.

وحكى صاحب النهاية عن كلام بعض الأصحاب أن لفظ الحمد والصلاة لا يتعيان، ولم يقل وجهاً مجزئاً به.

(٣) لِمَا ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَاطْبَ عَلَيْهَا فِي خُطْبِهِ، وَلَأنَّهَا مَقْصُودُ الْخُطْبَةِ، وَهَلْ يَتَعَيَّنُ لِعَظْمِ وَجْهَانِ: أَصَحُّهُمَا لَا.

(١) تقدم تحقيق مسألة الوقت.

الثالث: القيام فيهما.

الرابع: الجلوس بين الخطبتين مع الطمأنينة. والمستند الاتباع. فإن هذه الأمور لم تختلف مع اختلاف الأحوال.

الخامس: طهارة الحدث والخبث والموالة.

وفى جملة ذلك خلاف. ووجه الاشتراط كتشبيههما بالصلاة؛ لأنهما بدل ركعتين، والأقيس أن لا يشترط كما لا يشترط الاستقبال.

السادس: إن شرطنا الطهارة فلو سبق الخطيب حدث وأتى بركن فيه لا يجزيه، فإن توضأ وعاد، فإن قلنا: الموالة شرط فلا بد من الاستتاف وإن قصر الزمان، أو قلنا: لا موالة، ففي وجوب الاستتاف وجهان: وجه الوجوب أنه يبعد أداء خطبة بطهارتين.

السابع: رفع الصوت بحيث يسمع أربعين موصوفين بصفات الكمال، فإنه لا فائدة في حضور بغير سماع فهو كحضور الأصم عقد النكاح. وفي وجوب الإنصات وترك الكلام على من عدا الأربعين قولان:

أحدهما: نعم، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤].

قيل: أراد به الخطبة، سُمِّيَ قرآنًا؛ لاشتغالها عليه ولأنه يؤدي كلامهم إلى هينة تمنع الأربعين عن السماع.

والقول الجديد: إنه لا يجب السكوت كما لا يجب على الخطيب؛ إذ قال رسول الله ﷺ في أثناء الخطبة لُسَيْكُ الْغَطْفَانِي: «لا تجلس حتى تصلي ركعتين»^(١). وسأل ابن أبي الحقيق عن كيفية القتال بعد قفولهم من الجهاد^(٢). ومن أصحابنا من طرد القولين في

(١) الحديث باللفظ الذي أورده المصنف أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٦٧٧)، والمتقى الهندي في كنز العمال (٢٠٧٩٠). وأخرجه عن جابر بن عبد الله بلفظ: «جاء رجل والسي ﷺ يحطب الناس يوم الجمعة، فقال: أصليت يا فلان؟ قال: لا، قال: قم فاركع». البحارى (ح ٩٣٠)، ومسلم (ح ٨٧٥)، وأبو داود (ح ١١١٦، ١١١٧)، والترمذي (٣٨٤/٢)، والسائي (ح ١٤٠٠، ١٤٠٩)، وابن ماجه (ح ١١١٢، ١١١٤).

(٢) ما أورده المصنف خطأ فاحش كما قال ابن حجر في تلخيص الجبير (٦٠/٢، ٦١) لأن ابن أبي الحقيق هو أبو رافع اليهودي، كان يؤذى النبي ﷺ فأرسل إليه جماعة من الصحابة يقتلوه بحجر، فقتلوه، فرجعوا والنبي ﷺ على المنبر يوم الجمعة، فقال: «أقتلتموه؟»، واحديث طويل. انظر: السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٣، ١٢٢)، وزاد المعاد (٣١٨/٣).

تحريم الكلام على الخطيب أيضًا وهو بعيد؛ للخبر^(١)، ولأن كلامه لا يفوت سماع ركن بحال.

التفريع: إن قلنا: يجب الإنصات ففى من لا يسمع صوت الخطيب وجهان؛ لأنه ربما يتداعى إلى كلام السامعين.

وعلى وجوب الإنصات لا يسلم الداخل، فإن سلم لا يجاب، وفى تشميت العاطس وجهان؛ لأنه غير مختار، فإن قلنا: لا يجب تشميت العاطس وفى رد السلام وجهان؛ لأنه ترك المستحب اختياراً.

وعلى الأقوال: يُصلى الداخل تحية المسجد خلافاً لأبى حنيفة، ثم لا يحرّم الكلام قبل أن يأخذ لنفسه مكاناً، ولا بين الخطبتين.

الطرف الثالث: فى السنن والآداب:

ويُستحب للخطيب إذا انتهى إلى المنبر أن يسلم على من عند المنبر، فإذا صعد المنبر أقبل على الناس بوجهه وسلم على الجميع، ثم يجلس بعد السلام، ويؤذن المؤذن بين يديه، ولم يكن أذان سوى ذلك إلى زمن عثمان - رضى الله عنه - فلما كثر الناس فى زمانه أمر المؤذنين أن يؤذّنوا فى أماكنهم فاطردت العادة كذلك^(٢).

ثم إذا فرغ المؤذن قام الخطيب وخطب، ويشغل يديه - كيلا يلعب بهما - [كان

(١) وذلك فيما روى عن بريدة رضى الله عنه، قال: «كان رسول الله ﷺ يخطبنا فحاء الحسن والحسين عليهما قميصان أحمران يمشيان ويعثران، فنزل رسول الله ﷺ من المنبر فحملهما فوضعهما بين يديه، ثم قال: صدق الله ورسوله: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ﴾ نظرت إلى هذين الصبيين يمشيان ويعثران فلم أصبر، حتى قطعت حديثي ورفعتهما».

رواه أبو داود (الجمعة ب ٢٧)، والنسائي (الجمعة ب ٢٩)، (والعيد ب ٢٧)، والترمذى (٣٧٧٤٦)، وابن ماجه (٣٦٠٠)، وأحمد (٣٥٤/٥)، والحاكم (٢٨٧/١)، (١٨٩/٤)، وابن أبى شيبه (١٠٠/١٢)، وابن خزيمة (١٨٠١).

وعن أس رضى الله عنه، قال: «كان رسول الله ﷺ ينزل من المنبر يوم الجمعة فيكلمه الرجل فى الحاجة ويكلمه، ثم يتقدم إلى مصلاه فيصلى». رواه أحمد (١١٩/٣)، والمتقى فى كنز العمال (١٧٩٦٧)، وابن أبى شيبه بلفظ نحوه (١٢٧/٢).

(٢) وفيه عن السائب بن يزيد رضى الله عنه قال: «النداء يوم الجمعة أوّلُهُ إذا جلس الإمام على المنبر على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وعمر، فلما كان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الروراء، ولم يكن للنبي ﷺ مؤذن غير واحد». ذكره صاحب المتقى، وقال: رواه البخارى والنسائي وأبو داود، انظر: نيل الأوطار (٢٦٢/٣).

رسول الله ﷺ يشغل إحدى يديه بحرف المنبر، ويعتمد بالأخرى على عنزة أو سيف، أو قوس^(١).

فإن لم يجد الخطيب شيئاً وضع إحدى يديه على الأخرى، أو أرسلها، ولا توقيف فيه.

ثم يخطب مستديراً للقبلة، فإن استقبلها وأسمعها صبح وكان تاركاً للأدب، ثم يجلس قدر قراءة سورة الإخلاص، ثم يقوم إلى الثانية، فإذا فرغ ابتداء النزول، وابتداء المؤذن الإقامة بحيث يوافق بلوغه المحراب الفراغ من الإقامة.

ويستحب أن تكون الخطبة بليغة قريبة من الأفهام خالية من الغريب، مؤداة على ترتيل، مائلة إلى القصر.

قال ﷺ: [وقصر الخطبة وطول الصلاة مئنة من فقه الرجل]^(٢).

* * *

الباب الثاني

في بيان من تلزمه الجمعة

وإنما تلزم المكلف، الحر، الذكر، المقيم، الصحيح. فمن لم يتصف بهذه الصفات لم تلزمه الجمعة، فإن حضر لم يتم العدة به إلا المريض لكنه ينقصد لهم إلا المحنون، ولهم أداء الظهر مع الحضور بخلاف المريض؛ لأن المريض كامل، وفي العبد وجه أنه كالمرضى.

ويلتحق بالمرض عذر المطر والوحل الشديد على الأصح، وجميع ما ذكرناه من الأعذار في ترك الجماعة، وعذر التمريض أيضاً إذا كان المريض قريباً مشرفاً على الوفاة، وفي معناه الزوجة والمملوك؛ إذ يعظم على القلب الغيبة وفي وقت الوفاة في حق هؤلاء دون الأجانب، وإن لم يكن المريض مشرفاً وكان يتفقده غيره لم يكن عذراً، فإن كان يندفع بحضوره ضرر يعد دفعه من فروض الكفايات كان عذراً، وإن لم يبلغ تلك الدرجة، فتلاثة أوجه يفرق في الثالث بين القريب والأجنبي.

(١) أخرج نحو هذا عن الحكم بن حزن الكلفي؛ أبو داود (ح ١٠٩٦)، والشافعي في الأم (١٧٧/١)، وابن خزيمة (١٤٠/٣، ١٤١).

(٢) الحديث عند مسلم (الجمعة ٤٨)، وأحمد (٢٦٣/٤)، والبيهقي (٢٠٨/٣)، والحاكم (٣٩٣/٣)، وابن خزيمة (١٧٨٢)، والبقوي (٢٥٢/٤)، والألباني في إرواء الغليل (٧٩/٣) عن عمار بن ياسر مرفوعاً بلفظ: «إن طول صلاة الرجل وقصر خطبته مئة من فقهه، فأطيلوا الصلاة، واقصروا الخطبة». والمئنة: العلامة والمئنة.

فروع سبعة في الأعذار:

الأول: مَنْ نصفه حر ونصفه رقيق كالرقيق. وقيل: إن حرت مهايأة وكانت الجمعة في نوبته وجب الحضور.

الثاني: المسافر إذا عزم على الإقامة ببلدة أكثر من ثلاثة أيام لتفقه أو تجارة لزمه الجمعة، ولم يتم العدد به؛ لأنه ليس مستوطناً ولا مسافراً؛ ولذلك قلنا: أرباب الخيام لا جمعة لهم وليسوا مسافرين، وفي الغريب المقيم مدة. وجه: أن العدد يتم.

الثالث: أهل القرى يلزمهم الجمعة إن اشتملت القرية على أربعين من أهل الكمال، ثم إن أحبوا، دخلوا البلد للجمعة وإن أحبوا عقدوها في القرية وهي الأولى، وإن نقص عددهم لا يلزمهم إلا إذا بلغهم نداء البلد من رجل جهورى الصوت واقف على طرف البلد في وقت هدوء الأصوات وركود الرياح.

الرابع: العذر إذا طرأ بعد الزوال وقبل الشروع في الصلاة أباح الترك للجمعة إلا السفر، فإنه لا ينشأ بعد الزوال؛ لأن اختياره إليه. ووجوب الجمعة ليس على التوسع، فإنها تنضيق بمبادرة الإمام، وفي جواز السفر قبل الزوال وبعد الفجر قولان:

أحدهما: الجواز، وهو الأقيس؛ لأن الوجوب بالزوال. والثاني: لا؛ لأن الصلاة منسوبة إلى اليوم، وجميع اليوم منسوب إلى الصلاة. ومنهم من حمل النص على التأكيد وقطع بالجواز.

قال الصيدلاني: التردد في سفر المباح، أما الواجب والطاعة فحائز؛ لما روى أن عبد الله بن رواحة تخلف عن جيش جهزم رسول الله ﷺ وتعلل بصلاة الجمعة لما سأله رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: ولو أنفقت ما في الأرض جميعاً ما أدركت غدوتهم^(١).

الخامس: يستحب لمن يرجو زوال عذره أن يؤخر الظهر إلى فوات الجمعة، وذلك برفع الإمام رأسه من الركوع الثاني. وقيل: عند طول المسافة يحصل إياسه عن اللحوق لو قصد.

فأما من لا يُرجى زوال عذره كالزمن والمرأة، فلا بأس بتعجيل الظهر في حقهم، فإن زال عذر المعذور بعد الفراغ من الظهر، فلا جمعة عليه، وكذا الصبي إذا بلغ بعد الظهر وقبل فوات الجمعة؛ لأنه أدى الوظيفة مرة.

(١) الحديث أخرجه أحمد (٢٢٤/١)، والترمذي (٤٠٥/٢)، والبيهقي (١٨٧/٢).

وقال ابن الحداد: يلزمه، وهو غلط بناه على مذهب أبي حنيفة. ورواى العذر فى أثناء الظهر كرؤية المتيمم الماء فى الصلاة.

السادس: غير المعذور إذا صلى الظهر قبل الجمعة، ففى صحته قولان مشهوران:

أحدهما: لا؛ لعصيانه به. والثانى: يصح ظهره ويعصى بترك الجمعة كما لو صلى بعد الجمعة. فإن قلنا: يصح، فهل يسقط الخطاب بالجمعة؟ فيه قولان:

أصحهما: أنه لا يسقط، ومعنى صحته أن الخطاب لا يتجدد به بعد فوات الجمعة. وعلى هذا لو صلى الجمعة أيضاً فالفرض أيهما؟.

فيه أربعة أقوال: وهو: الأول، أو الثانى، أو كلاهما، أو أحدهما لا بعينه وهو الأصح، فيحتسب الله ما شاء منهما.

السابع: جماعة من المعذورين أرادوا عقد الجماعة فى الظهر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تستحب؛ لأنها شعار الجمعة فى هذا اليوم، والأقيس أنه يستحب. ثم الأولى إحقاقها.

* * *

الباب الثالث

فى كيفية أداء الجمعة

وهى كسائر الصلوات، وإنما تتميز منها بأربعة أمور:

الأول: الغسل: قال رسول الله ﷺ: «من غسل واغتسل وبكر وابتكر ولم يرفث خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه»^(١).

(١) الحديث روى بالفاظ كثيرة منها ما أورده المصنف، رواه السيوطى فى اللآلى المصنوعة (١٦٣/١)، وبلغظ آخر عند أحمد (١٠/٤)، وابن خزيمة (١٧٦٧)، والحاكم (٢٨١/١)، (٢٨٢)، وبلغظ آخر عند النسائى (١٠٣/٣)، وبلغظ آخر فى مصنف عبد الرزاق (٥٥٧٠)، وإتحاف السادة (٢٦٣/٣)، وبلغظ آخر عند الطبرانى (١٨٤/١)، (١٠٧/٥).

وله ألفاظ أخرى كثيرة أصحها تسقط فرضيته التى أثبتتها حديث ابن سعيد مرفوعاً. «ظهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كظهر الجنابة». أخرجه مالك (١٠٢/١)، وغيره وهو صحيح، يعارضه حديث عائشة رضى الله عنها قالت: «كان الناس عمال أنفسهم؛ فيروحوون إلى الجمعة بهيئتهم، فقيل: لو اغتسلتم». أخرجه البخارى (٣٨٦/٢)، ومسلم (٥٨١/٢)، وأخرج أحمد (١١/٥) حديث يسقط الفرضية إلا أنه ضعيف.

ومعاه توضاً واغتسل ويكر إلى الصبح وابتكر إلى الجمعة.

ثم هذا الغسل يُفارق غسل العيد في أنه لا يستحب إلا لمن حضر الصلاة وأنه لا يجزئ قبل الحجر، وفي غسل العيد وجهان. وقال الصيدلاني: من عدم الماء يتيمم، وهو بعيد؛ لأن الغرض نفي الروائح الكريهة، والتنظيف؛ ولذلك كان أقربيه إلى الرواح أحب إليهما.

والأغسال المسنونة هي الغسل للجمعة، وللعيدين، ومن غسل الميت، وللإحرام، وللوقوف بعرفة، والمزدلفة، ولدخول مكة، وثلاثة أغسال أيام التشريق، ولطواف الوداع على القول القديم، وللکافر إذا أسلم غير جنب بعد الإسلام. وقيل: يقدم على الإسلام وهو بعيد؛ إذ تأخير الإسلام لا وجه له، والغسل عن الإفاقة من زوال العقل أيضاً مستحب.

وذكر صاحب التلخيص الغسل عن الحمامة والخروج من الحمام وقال: هما اختياران لا ينبغيان مبغ السنن المتأكدة. وأنكر معظم الأصحاب استحبابهما.

الثاني: البكور إلى الجامع: قال ﷺ: «مَنْ راح إلى الجمعة في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الثانية فبقرة، وفي الثالثة كبشة، وفي الرابعة دجاجة، وفي الخامسة ببيضة، والملائكة على الطرق يكتبون الأول فالأول، فإذا أخذ الخطيب بخطب طووا وجاءوا يستمعون الذكر»^(١).

الثالث: التزين: فيستحب فيه الثياب البيض للرجال، واستعمال الطيب، وأن يمشي على هينة، والترجل أولى من الركوب، ولا بأس بحضور العجائز^(٢) لا في شهرة الثياب، وعليهن اجتناب الطيب.

رأى أبو هريرة امرأة تفوح منها رائحة المسك، فقال: تطيبت للجمعة؟ فقالت: نعم،

(١) الحديث رواه أبو هريرة مرفوعاً باختلاف الجزء الأخير منه بلفظ: «فإذا خرج الإمام حضرت الملائكة يستمعون الذكر». أخرجه البخاري (٨٨١٦)، ومسلم (ح ٨٥٠/١٠)، ومالك (١٠١/١)، وأبو داود (٢٤٩/١)، والترمذي (٥/٢)، والنسائي (٩٩/٣)، وابن ماجه (ح ١٠٩٢).

(٢) العجائز: جمع عجوز، وهي لا تُطَلَّقُ إِلَّا على المرأة الكبيرة في السن، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَقْبَلْتُ امْرَأَتِي فِي صُرَّةٍ فَصَكَتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾ [الناريت: ٢٩]. أما الرجل الكبير في السن فيطلق عليه شيخ، قال الله تعالى: ﴿قَالَتْ يَا وَيْلَتَى أَلَدْتُ وَأَنَا عَجُوزٌ وَهَذَا بَعْلِي شَيْخًا﴾ [هود: ٧٢].

فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما امرأة تطيبت للجمعة لم يقبل الله صلاتها حتى ترجع إلى بيتها وتغتسل اغتسالها من الجنابة»^(١).

الرابع: يستحب للإمام أن يقرأ في الأولى سورة «الجمعة»، وفي الثانية «إذا جاءك المنافقون».

قال الشافعي، رضى الله عنه: ولو نسي «الجمعة» في الأولى جمع بينها وبين سورة «المنافقين» في الثانية. وقال في القديم: يقرأ في الأولى «سبح اسم ربك الأعلى»، وفي الثانية سورة «الغاشية».

* * *

(١) روى هذا الحديث بألفاظ ليس فيها لفظ «الجمعة» بل في كلها «المسجد». أخرجه ابن ماجه (٤٠٠٢٤)، وأحمد (٤٤٤/٢)، وبلغز آخر فى مسند الحميدى (٩٧١)، وبلغز آخر فى تذكرة الموضوعات لابن القيسرانى (٣٥٠)، وبلغز آخر عند أحمد أيضاً (٣٦٥/٢).

كتاب صلاة الخوف

وهي أربعة أنواع:

الأول: صلاة رسول الله ﷺ بيمين النخل

إذ صدع أصحابه صدعين، فصلى بطائفة ركعتين وسلم، ثم صلى بالطائفة الأخرى ركعتين هي له سنة ولهم فريضة، وليس فيه إلا اقتداء مفترض بمتنفل، وهو جائز من غير خوف^(١).

النوع الثاني: صلاته بيسفان حيث لم تشتد الحرب

إذ كان العدو في جهة القبلة، وكان خالد بن الوليد مع الكفار بعد، فدخل وقت العصر، فقالوا: قد دخل عليهم وقت صلاة هي أعز عليهم من أرواحهم، فإذا شرعوا فيها حملنا عليهم حملة. فنزل جبريل، عليه السلام، وأخبره به، فرتب رسول الله ﷺ أصحابه صفين، وصلى بهم فحرمه الصف الأول في السجود الأول ولم يسجدوا حتى قام الصف الثاني، فسجد الحارسون ولحقوا، وكذلك فعل الصف الثاني في الركعة الثانية^(٢).

وهذا إنما يتم إذا كان العدو في قبالة القبلة، وليس فيها إلا التخلف عن الإمام بأركان، وذلك لا يجوز إلا بعذر. ثم لو اختص بالحراسة فريقان من أحد الصفين جاز، ولو ابتدأ بالحراسة الصف الثاني جاز، ولكن الحراسة بالصف الأول أليق.

قال الشافعي، رضى الله عنه: لو تقدم الصف الثاني في الركعة الثانية إلى الصف الأول وتأخر الصف الأول ولم يكثر أفعالهم كان ذلك حسناً.

ولو حرس في الثانية الحارسون في الأول، فقولان:

(١) انظر صفة هذه الصلاة فيما أخرجه البخاري في صحيحه (ح ٤١٣٦)، ومسلم باب صلاة الخوف (ح ٨٤٣)، والشافعي في الأم (١٩٢/١)، كلهم عن جابر بن عبد الله. وعبد أبي داود (ح ١٢٤٨)، والنسائي (ح ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٥)، والبيهقي (٢٥٩/٢) كلهم عن أبي بكر.

(٢) أخرجه أحمد (٥٩/٤، ٦٠)، وأبو داود (ح ١٢٣٦)، وأبو داود الطيالسي (ح ٧٢٣)، وعبد الرزاق (ح ٤٢٣٧)، والنسائي (١٧٧/٣)، وابن أبي شيبة (٢١٦/٢)، والدارقطني (٥٩٠/٢)، وابن الجارود (ص ١١٨)، قال الحاكم (٣٣٧/١): صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وصححه ابن حبان في الموارد (٥٨٧)، والدارقطني، والبيهقي.

أحدهما: المنع؛ لأنه يتكرر عليهم التخلف ولم يرخص الشرع إلا في مرة واحدة. والأقيس الجواز؛ إذ الأول انمحي أثره بتخلل فصل، وإنما قصد رسول الله ﷺ بذلك التسوية بين الصفيين.

النوع الثالث: صلاة ذات الرقاع

وهو أن يلتحم القتال، فلا يحتمل الحال تخلف الكل واشتغالهم بالصلاة.

وكان ذلك في ذات الرقاع، فصعد رسول الله ﷺ أصحابه صدعين، وانحاز بطائفة إلى حيث لا تبلغهم سهام العدو، وصلى بهم ركعة، وقام بهم إلى الثانية وانفردوا بالركعة الثانية، وسلموا وأخذوا مكان إخوانهم في الصف، وانحاز الفئة المقاتلة إلى رسول الله ﷺ وهو قائم ينتظرهم، واقتدوا به في الركعة الثانية، فلما جلس رسول الله ﷺ لثانية قاموا وأتموا الركعة الثانية ولحقوا به وتشهدوا، وسلم بهم رسول الله ﷺ.

هذه رواية خوات بن جبير^(١)، وليس فيها إلا الانفراد عن الإمام في الركعة الثانية، وانتظار الإمام للطائفة الثانية مرتين في القيام والتشهد.

وروى ابن عمر أنه لما قام إلى الثانية ما انفردوا بالركعة، لكن أخذوا مكان إخوانهم، في الصف وهم في الصلاة، وانحاز الآخرون فصلوا ركعة، فتحلل بهم رسول الله ﷺ ورجعوا إلى مكان إخوانهم وعليهم بغد ركعة، ثم رجع الفريق الأول فأتموا الركعة الثانية منفردين ونهضوا إلى الصف، وعاد الآخرون وأتموا كذلك^(٢).

وأخذ الشافعي، رضي الله عنه، برواية خوات بن جبير؛ لمعنيين:

أحدهما: أن الرواة لها أكثر، وهو إلى الاحتياط وترك الأفعال المستغنى عنها أقرب.

والثاني: أن رواية خوات مقيدة بذات الرقاع، وهي آخر الغزوات^(٣)، ورواية ابن

(١) الحديث من طريق مالك، عن يزيد بن رومان، عن صالح بن خوات، عن أبيه. أخرجه مالك في الموطأ (١٨٣/١)، والبخاري (ح ٤١٢٩)، ومسلم (ح ٨٤٢/٣١٠)، وأحمد (٤٤٨/٣)، وأبو داود (٣٠/٢)، والنسائي (١٧١/٣)، والبيهقي (٢٥٣/٣)، والدارقطني (٦٠/٢).

(٢) حديث ابن عمر ثابت في الصحيحين بلفظ قريب من المعنى الذي أورده المصنف، أخرجه البخاري (ح ٩٤٣)، ومسلم كتاب صلاة المسافرين ب صلاة الخوف (ح ٣٠٦)، والنسائي (١٧٤/٣)، وأحمد (١٥٥/٢)، والبيهقي (٢٦٠/٣)، ومالك (١٨٤/١)، والدارقطني (٥٩/٢)، وأبو نعيم (٢٦١/٨).

(٣) قوله: أحدهما أن الرواة لها أكثر. فيه نظر؛ لأننا ذكرنا في تحقيق هذا الحديث المراجع التي أورده، كل أصحابها أخرجه من طريق مالك، عن زيد بن رومان، عن صالح بن خوات، عن أبيه.

عمر مطلقة.

ومن أصحابنا من قال: تصح الصلاة على وفق رواية ابن عمر؛ لصحة الروایتين، لكن الأولى رواية خوات وهو بعيد؛ لأنه تخيير في أفعال كثيرة مستغنى عنها.

ثم النظر في هذه الصلاة في طرفين:

أحدهما: في کیفیتها، وقد تشككوا في ثلاثة مواضع:

الأول: نقل المزي أن الإمام يقرأ بالطائفة الثانية الفاتحة وسورة، ومعناه أنه يسكت قبله منتظراً. وغلطه الأصحاب، وقالوا: لا يسكت لكنهم إذا لحقوا مدَّ القراءة بحيث تتسع عليهم قراءة الفاتحة، وهو نقل الربيع.

وتوجيه قول المزي: التسوية بين الفريقين، فإنه يقرأ الفاتحة بالأولى فليقرأ بالثانية.

الثاني: هل يتشهد قبل لحوق الفرقة الثانية به أم يصبر حتى يعودوا^(١)؟ فيه طريقتان: أحدهما: أنه كالفاتحة. والثاني: أنه يتشهد، إذ ليس يفوت التسوية بين الفريقين في التشهد.

الثالث: أن مالكا ذهب إلى أن الفرقة الثانية يتشهدون مع الإمام، ثم يقومون عند سلامه إلى الثانية قيام المسبوق. وهو قول قديم، ولا شك في جوازه، ولكن ما رواه خوات جائر أيضاً، خلافاً للمالك.

الطرف الثاني: في تعدية النص إلى صلاة المغرب، وصلاة الحضر، والجمعة:

أما المغرب: فليصل الإمام فيها بالطائفة الأولى ركعتين، وبالثانية ركعة، ثم إن انتظرهم في التشهد الأول فجائر، وإن انتظرهم في القيام في الركعة الثالثة فحسن؛ لأن التطويل بالقيام أليق. ونقل عن الإملاء أن الانتظار في التشهد أولى.

وروى عن علي، رضي الله عنه، أنه صلى بالطائفة الأولى ركعة، وبالثانية ركعتين في ليلة الهَرِير. وهو قول نقل عن الإملاء، والصحيح الأول؛ لأن في هذا تكليف الطائفة الثانية زيادة تشهد لا يحسب لهم.

— أما قوله: والثاني أن رواية خوات مقيدة بذات الرقاع وهي آخر الغزوات. خطأ، بل وليست من أواخرها، فقد غزاها رسول الله ﷺ بنفسه وهي غزوة نجد، فخرج في جمادى الأولى من السنة الرابعة، وقيل: في المحرم. انظر: زاد المعاد لابن القيم (١٦١/٢).

(١) في الأصل: يعودون، وهو خطأ.

أما الرباعية في الحضر: فليصل الإمام بالطائفة الأولى ركعتين، وبالثانية ركعتين. فلو فرقهم أربع فرق وصلى بكل فرقة ركعة، فهل يحرم الانتظار الثالث؟ فعلى قولين. فإن قلنا: يحرم، فهل تبطل به الصلاة؟ فعلى قولين:

أحدهما: يجوز ذلك كما جاز بالمرّة الأولى والثانية. والثاني: لا؛ لأنه رخصة فلا يزداد على محل النص، فعلى هذا يمتنع الانتظار في الركعة الثالثة، وما قبلها جرى على وجهه.

وقال ابن سريج، تخريجاً: المنع يختص بالركعة الرابعة، فإن الانتظار في الثالثة هو الانتظار الثاني للإمام بدلاً من انتظاره في التشهد إلا أن المنتظر^(١) في التشهد ثم هو المنتظر في القيام بعينه، وما هنا المنتظر ثانياً غير المنتظر أولاً، وهذا لا يقدح في الصلاة، وهو متجه.

أما الجمعة: ففي إقامتها على هذا الوجه وجهان، ووجه المنع أن العدد فيها شرط، فكيف ينفرد الإمام في الثانية مع انقضاء الفرقة الأولى إلى عود الفرقة الثانية؟

لفرعان: الأول: في وجوب رفع السلاح في هذه الصلاة وصلاة عُسْفَانَ قولان. والوجه أن يقال: إن كان في البعد عن السلاح خطر ظاهر، فهو محرم في الصلاة وغيرها، وإن كانت الموضوعة والمحمولة واحدة لتيسر أخذها في الحال، فلا يحرم، وإن لم يظهر في تحية السلاح خلل، فهذا محل الجزم، ففي وجوب الأخذ به واستجابته تردد، وكيف ما كان فلا تبطل الصلاة بتركه؛ لأن العصيان لا يتمكن من نفس الصلاة.

الثاني: في السهو: ولا شك أن سهو الطائفة الأولى في الركعة الأولى، وسهو الطائفة الثانية في الركعة الثانية للإمام محمول، وسهو الطائفة الأولى في ركعتهم الثانية غير محمول لانفرادهم.

ومبدأ الانفراد آخر الركعة الأولى، وهو رفع الإمام رأسه من السجود، أو أول الركعة الثانية وهو اعتداله في القيام؟ فيه وجهان.

أما سهو الطائفة الثانية في ركعتهم الثانية وهم على عزم اللحوق بالإمام، فيه وجهان، ينظر في أحدهما إلى آخر الأمر، وفي الثاني إلى صورة التفرد في الحال.

وهما جاريان في المرحوم إذا سها وقت التخلف، وفيمن انفرد ركعة وسها، ثم أنشأ القدوة في الثانية على أحد القولين.

(١) في الأصل: المنتقل، ولا وجه له، وما أثبتناه من نسخ أخرى بالمقابلة مع طبعة دار السلام.

النوع الرابع: صلاة شدة الخوف

وذلك إذا التحم الفريقان، ولم يحتمل تخلف طائفة عن القتال، فلا سبيل إلا الصلاة رجالاً وركباً، مستقبل القبلة وغير مستقبلها، إيماءً بالركوع والسجود، ولا تحتمل فيها الصيحة والزعقة للاستغناء عنها، ولا تحتمل الضربات الكثيرة من غير حاجة، وتحتمل القليلة مع الحاجة، وفي الكثيرة مع الحاجة نظر، فإن كان في أشخاص فيحتمل ما لا يتوالى منها، وإن كان في شخص واحد، فلا يحتمل لكونه عذراً نادراً.

وفيه قول: إنه يحتمل في الموضعين وهو منقاس؛ لأن الواحد أيضاً قد يدفع عن نفسه بسلاحه ودرعه، فيحتاج إلى الموالاة.

وفيه قول ثالث: إنه لا يحتمل في الأشخاص أيضاً؛ لندور الحاجة وضيق باب الرخصة.

ومما يحتمل أيضاً تلطخ السلاح بالدم مهما ألقاه عقيب التلطيخ، فإن أمسكه مختاراً، لزمه القضاء، وإن كان به حاجة إلى الإمساك، فظاهر كلام الأصحاب وجوب القضاء أيضاً؛ لندور العذر.

والأقيس أن لا يجب؛ لأن أصل القتال - وإن كان نادراً - ألحق بالأعذار العامة في إسقاط القضاء مع الإيماء، وترك الاستقبال. هذه كيفية الصلاة.

والنظر الآن في السبب المرخص: وهو خوف مخصوص، ويتبين خصوصه بمسائل:

الأولى: لو انهزم المسلمون لم يصلوا صلاة الخوف إلا إذا كان الكفار فوق الضعف، فعند ذلك يجوز، وإلا فالهزيمة محرمة، والرخص لا تستفاد بالمعاصي، فأما إذا انهزم الكفار لم يجز لنا صلاة الخوف في اتباع أقفيتهم؛ لأنه لا خوف.

الثانية: القتال المباح كالواجب في الترخص وذلك كالدُّب عن المال، وقد نقل عن الشافعي، رضي الله عنه، أنه لو ركب سبل ولم ينج ماله إلا بصلاة الخوف لم يصل، وظاهر النصوص الجديدة خلافه.

وخرج من هذا أن قتل الصائل على المال لا يجوز، وهو بعيد؛ لأن المال كالنفس، قال عليه الصلاة والسلام: «من قتل دون ماله، فهو شهيد»^(١).

(١) الحديث أخرجه البخاري (ح ٢٤٨٠)، ومسلم (الإيمان ٢٤٦)، وأبو داود (ح ٤٧٧٢)،

والترمذي (ح ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢١)، وابن ماجه (٢٥٨٠)، والنسائي (١١٥/٧، ١١٦)،

وأحمد (١/٧٩، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ٣٠٥، ١٦٣/٢، ٢٠٦، ٢١٧)، والبيهقي =

الثالثة: لو تغشاه حريق أو غرق، أو تبعه سبع، أو مطالب بالدين وهو معسر خائف من الحبس عاجز من بينة الإعسار، فله صلاة الخوف. وكذا من هرب من حق القصاص في وقت يتوقع من التأخير سكون الغليل وحصول العفو، هكذا ذكره الأصحاب^(١).

فرع: لو خاف المحرم فوات الوقوف بعرفة، فيصلى مسرعاً في مشيه على وجهه، ويترك الصلاة على وجهه، وتلزمه الصلاة ساكناً على وجهه، ومنشأ التردد أنه من قيل طلب شيء، أو خوف فوات في محصل.

الرابعة: لو رأى سواداً فظنه عدوً لا يطاق، فصلى صلاة شدة الخوف، فإذا هو إبل تسرح، ففى وجوب القضاء قولان مشهوران، يُنظر في أحدهما إلى تحقق الخوف، وفي الثاني إلى الخطأ في السبب.

والقولان جاريان في كل سبب جهله، ولو عرفه لبطل الخوف كجهله بمحصن على القرب منه، أو نهر حائل بينه وبين عدوه.

فرعان: الأول: لو ركب في أثناء صلاته لهجوم خوف فبنى على صلاته. قال الشافعي: لا يصح. ولو انقطع الخوف فنزل وصلى بقية صلاته متمكناً صححت، فظن المزني أن الفرق كثرة أفعال الركوب، واعترض بأن ذلك يختلف بالأشخاص.

وقيل: سببه أنه شرع في صلاة تامة، فلا يتمها على النقصان. وهو منقوض بمن مرض في أثناء صلاته، فإنه يقعد في البقية، ولكن أراد الشافعي، رضى الله عنه، ما إذا بادر الركوب أخذاً بالحزم مع إمكان إتمام البقية قبل الركوب، فإن فرض تحقق الخوف أو انقطاعه، فلا فرق بين النزول والركوب، بل إن قل فعله مع الحاجة لم يضر، وإن كثر مع الحاجة فوجهان كما في الضربات المتوالية.

الثاني: لبس الحرير، وجلد الكلب والخنزير جائز عند مفاجأة القتال، وليس جائزاً في حالة الاختيار، بخلاف الثياب النجسة. وفي جلد الشاة الميتة وجهان يثنيان على أن تحريم لبس جلد الكلب للتغليظ أو لنجاسة العين؟.

وكذلك في تجليل الخيل يحل من جلد الكلب تردد، والظاهر جوازه. وفي الاستصباح بالزيت النجس قولان. فأما تسميد الأرض بالزبل فجائز، لمسيب الحاجة.

* * *

= (٣/٢٦٥، ٢٦٦، ١٨٧/٨، ٣٣٥)، والحاكم (٣/٦٣٩).

(١) انظر: المجموع (٤/٣١٥)، الأم (١/١٩٩)، المزني (١/١٤٨، ١٤٩)، الروضة (٢/٦٢)، فتح الروباب بشرح منهج الطلاب (١/٨١).

كتاب صلاة العيدين^(١)

وهي سنة مؤكدة^(٢) على كل من يلزمه حضور الجمعة. والأصل فيه الإجماع، والفعل المتواتر من رسول الله ﷺ، وقوله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢]، وقيل: أراد به صلاة عيد النحر.

وذهب الإصطخري إلى أنها من فروض الكفايات، وطرّدوا ذلك في جميع الشعائر. وأقل هذه الصلاة ركعتان كسائر النوافل، والتكبيرات الزائدة ليست من أبعاضها، فلا يتعلق بتركها سحود السهو.

ووقتها: ما بين طلوع الشمس إلى زوالها.

وشروطها كشرط سائر الصلوات. وقال في القديم: شرطها كشرط الجمعة، إلا أن خطبتها تتأخر، ويجوز أداؤها في الجبانة^(٣) البارزة من خطة البلد.

فأما الأكمل، فنذكر سوابقه ولواحقه على ترتيب الوجود.

وله سنن:

(١) واحد العيدين عيد، وهو يوم الفطر، ويوم الأضحى، وشرعت صلاة العيد في السنة الأولى من الهجرة، كما رواه أبو داود، عن أنس بن مالك، قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما، فقال: «ما هذان اليومان؟»، قالوا: كنا نلعب فيهما في الجاهلية، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله قد أبدلكما خيراً منهما، يوم الأضحى ويوم الفطر». وقيل: شرع في السنة الثانية من الهجرة، وكان عيد الفطر.

(٢) القول بأنها سنة مؤكدة هو مذهب الشافعي والمالكية، وعند الحنفية واجبة على من تفرض عليه الجمعة، ولا يخفى عليك قرب اصطلاح الوجوب الذي عند الحنفية بالسنة المؤكدة عند غيرهم، ومذهب الحنابلة وبعض الشافعية والكرخي من الحنفية أنها فرض كفاية مما تقتصر عليه الجمعة، واستدل المالكية والشافعية بحديث طلحة بن عبد الله: أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد نائر الرأس يسأله عن الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «خمس صلوات في اليوم والليمة»، قال: هل عليّ غيرها؟ قال: «لا، إلا أن تطوع». أخرجه البخاري (١٨/١، ٢٣٥/٣)، ومسلم (الإيمان ب ٢ رقم ٨).

(٣) قوله: ويجوز أداؤها في الجبانة البارزة من خطة البلد. أي الصحراء، وإن كانت الجبانة تعني الصحراء، والمقبرة، إلا أنه يقصد الأولى، وذلك واضح لنهي الشارع عن الصلاة في المقبرة. انظر: المعجم الوسيط (١٠٦/١).

الأولى: إذا غربت الشمس ليلة عيد الفطر، يستحب التكبيرات المرسلة إلى أن يتحرم الإمام بصلاة العيد، فالتناس يصبحون مكبرين حيث كانوا وفي الطريق رافعي أصواتهم، كذلك كان يفعل رسول الله ﷺ^(١). ونص في موضع أنهم يكبرون إلى خروج الإمام. وقيل: إنه قول آخر.

والصحيح: أن المراد به تحريم الإمام؛ لأنه يتصل به غالباً. ونقل نص آخر: أنه يدوم إلى آخر الخطبة.

وهل تستحب هذه التكبيرات إدبار الصلوات ليلة العيد وصيحتها، فعلى وجهين. ووجه المنع أن يتميز هذا الشعار عن شعار التكبيرات المقيدة في عيد النحر، كما سيأتي. الثانية: إحياء ليلتي العيد. قال عليه الصلاة والسلام: «من أحيا ليلتي العيد لم يميت قلبه يوم تموت القلوب»^(٢).

الثالثة: الغسل بعد طلوع الفجر. أما قبله: فهل يجزئ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كالجمعة. والثاني: نعم؛ لأن أهل القرى يكبرون ليلاً فيعسر عليهم الغسل بعد الخروج، فيجعل جميع الليل وقتاً.

الرابعة: التطيب والتزين بالثياب البيض، للقاعد والخارج؛ لأنه يوم السرور. وأما المعائن فيخرجن في ثياب البذلة. وقال أبو حنيفة: لا يخرجن. ويحرم على الرجال التزين بالحرير، والإبريسم^(٣) المحض.

وفيه مسائل: الأولى: المركب في الإبريسم وغيره فيه طريقتان. منهم من نظر إلى القلة والكثرة في الوزن، ومنهم من نظر إلى الظهور فأحل الخبز وحرم العتايي.

الثانية: الثوب المطرز والمطرّف بالديباج مباح، كان لرسول الله ﷺ ثوب كذلك^(٤)،

(١) التكبير في عيد الفطر أجمع على استحبابه الجمهور؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٥].

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه في تذكرة الموضوعات الفتني (٤٧) وبلغز آخر في إتحاف السادة المتقين (٣/٤١٠)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/٧٢)، وبلغز آخر عند ابن ماجه (١٧٨٢)، وبلغز آخر في كثر العمال (٦/٢٤١)، وأخرجه الشافعي في الأم (١/٢٠٤)، والحديث عن أبي أمامة الباهلي موقوفاً، ومرفوعاً ضعيف.

(٣) الإبريسم: أحسن الحرير، معرب. انظر: المعجم الوسيط (١/٢٠١).

(٤) وفيه حديث جابر بن عبد الله، قال: قال: ليس النبي ﷺ قباء من ديباج أهدى إليه، ثم أوشك أن نزع وأرسل به إلى عمر بن الخطاب، فقيل: قد أوشكت ما ترعته يا رسول الله، قال: «نهائي»

والمحشو بالإبريسم والحرير مباح، إذ لا يعد لابسه لباس حرير، فإن كانت البطانة من حرير لم يجز؛ لأنه لم يحرم بسبب الخيلاء، بل لأنه ترفه في خنوثة لا تليق بشهامة الرجال. وأمر الحرير أهون من الذهب، إذ المطرف بغير حاجة جائز، والمضيب غير جائز^(١).

الثالثة: افتراض الحرير محرم على الرجال، وفي تحريمه على النساء خلاف تلقياً من المفارقة.

وفي تحريم لباس الصبيان الديباج خلاف من حيث إن شهامة الصبي لا تأبى ذلك.

الرابعة: حيث حرّمنا الحرير أجنبناه لحاجة القتال، ولحاجة المحكة مع السفر. ولو انفردت عن السفر وأمكن التعهد، ففيه خلاف، ووجه الجواز أن رسول الله ﷺ أُرخص لحزمة في الحرير لحكة كانت به، ولم تخصص السنة^(٢).

«عنه جبريل، عليه السلام»، فعاءه عمر يبكى، فقال: يا رسول الله، كرهت أمراً وأعطيتيه، فما لي؟ فقال: «ما أعطيتك لتلبسه، إنما أعطيتك تبيعه»، فباعه بألفي درهم. أخرجه أحمد (٣٨٣/٣)، والنسائي (٢٠٠/٨)، والبيهقي (٤٥٢/٢)، وهو يشعر بالتحريم، وفيه نظر. وعن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن لبوس الحرير إلا هكذا، ورفع لنا رسول الله ﷺ إصبعيه الوسطى والسبابة وضمهما، وفي لفظ: نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة. أخرجه أحمد (٥١/١)، ٩٢/٤، ٩٦، ٩٩، والهيتمي في مجمع الزوائد (١٤١/٥)، وحلية الأولياء لأبي نعيم (١٧٧/٤)، والنسائي (١٦٣/٨)، وشرح معاني الآثار (٢٤٤/٤). وعن أسماء أنها أخرجت جبة طيالة عليها لينة شبر من ديباج كسرواني وفرجها مكفوفين به، فقالت: هذه جبة رسول الله ﷺ، كان يلبسها كانت عند عائشة، فلما قبضت عائشة قبضتها إلى، فنحن نفسلها للمريض يستشفى بها. ذكره صاحب بلوغ المرام وعزاه لأحمد ومسلم. والديباج هو نوع من الحرير، قيل: هو ما غلظ منه. انظر: نيل الأوطار (٨١/٢، ٨٧). (١) وفيه حديث حذيفة، قال: نهانا النبي ﷺ أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه. أخرجه أحمد (٣٩٨/٥)، والدارقطني (٢٩٣/٤). وعن علي، رضي الله عنه، قال: نهاني رسول الله ﷺ عن الجلوس على المياثر، والمياثر فسي كانت تصنع النساء ليعولتهن على الرحل كالقطائف من الأرجوان. أخرجه النسائي (٢١٩/٨)، والمياثر هي ثياب مضحلة بالحرير. انظر: نيل الأوطار (٨٦/٢).

(٢) حديث الترخيص لحزمة في الحرير لحكة كانت به، لم أجده، وقد روى عن أنس أن النبي ﷺ رخص لعبد الرحمن بن عوف والزيبر في لبس الحرير لحكة كانت بهما. وفي لفظ للترمذي: أن عبد الرحمن بن عوف والزيبر شكوا إلى النبي ﷺ القمل، فرخص لهما في قميص الحرير في غزاة لهما. أخرجه أبو داود (٤٠٥٦)، وانظر: نيل الأوطار (٨٨/٢)، البخاري (ح ٥٨٣٩)، مسلم (٢٠٧٦)، الترمذي (١٧٢٢)، النسائي (٢٠٢/٨)، ابن ماجه (٣٠٩٢).

الخامسة: إذا اغتسل وترين وتطيب، فليقصد الصحراء ماشياً، فهو أولى من الركوب. وليبكر في عيد الأضحى ليتسع وقت الأضحية بعد الصلاة، وليستأخر قليلاً في الفطر ليتسع تفرقة الصدقات، وليفطر في عيد الفطر قبل الصلاة، وليمسك في عيد النحر حتى يصلي.

والصلاة في الصحراء أفضل إلا بمكة، فإن اتسع المسجد ببلد آخر فوجهان، أحدهما: المسجد أولى كمسجد مكة. والثاني: لا؛ لأن مكة مخصصة بالشرف.

السادسة: ينبغي أن يخرج القوم قبل الإمام ينتظرونه، ولا بأس لو صلوا متنفلين، فإذا خرج الإمام تحرم بالصلاة ولم ينتظر أحداً، فإذا انتهى إلى المصلّي نُودِيَ: الصلاة جامعة، وتحرم بالصلاة، فيقرأ دعاء الاستفتاح أولاً، ثم يكبر سبعاً سوى تكبيرة الإحرام والهوى. ويقول بين كل تكبيرتين: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر. فإذا فرغ منها تعوَّذَ قرأ الفاتحة وسورة ق. وفي الثانية يكبر خمساً زائدة كما مضى، ثم يقرأ الفاتحة وسورة اقتربت، ويُستحب رفع اليدين في هذه التكبيرات.

وقال أبو حنيفة: التكبيرات الزائدة ثلاثة في كل ركعة.

وقال مالك: في الأولى ستة، وفي الثانية خمسة، وهو مذهب ابن عباس.

السابعة: الخطبة بعد الصلاة، وهي كخطبة الجمعة إلا في شيئين:

أحدهما: أنه يكبر قبل الخطبة الأولى تسع تكبيرات، وقبل الثانية سبع تكبيرات على مثال الركعتين^(١).

الثاني: أن الخطيب في الجمعة كما صعد جلس لسماع الأذان، وهاهنا يجلس للاستراحة؛ إذ لا أذان. وقال أبو إسحاق المروزي: لا يجلس هاهنا.

الثامنة: إذا فرغ من الخطبة انصرف إلى بيته من طريق آخر، «كان رسول الله ﷺ يخرج من طريق ويعود من طريق»^(٢).

(١) وفي ذلك حديث ضعيف من رواية عبد الرحمن بن سعد بن عمار بن سعد القرظي المؤد، عن أبيه، عن جده، وعبد الرحمن ضعيف، بلفظ: كان النبي ﷺ يكبر بين أضعاف الخطبة يكبر التكبير في خطبة العيدين. أخرجه ابن ماجه (ح ١٢٨٧)، الحاكم (٢/٦٠٧)، كنز العمال (١٨١٠٣)، وروى بنحوه بالفاظ يختلف فيها عدد التكبيرات.

(٢) أخرجه عن جابر، البخاري (٩٨٦٦)، وعن ابن عمر: أبو داود (٢٩٩/١)، وعن أسى هريرة: الترمذي (٤٢٤/٢)، وابن ماجه (٤١٢/١).

ف قيل: كان يحذر من مكائد المنافقين. وقيل: لئلا تستفتي في الطريقين. وقيل: كان يسلك أطول الطريقين في الذهاب؛ لأنه قرابة.

ثم من شارك رسول الله ﷺ في هذه المعاني تأسّى به، ومن لم يشاركه في السبب ففي التأسي به في الحكم وجهان.

التاسعة: يستحب في عيد النحر رفع الصوت بالتكبير عقيب خمس عشرة^(١) مكتوبة؛ أولها الظهر من يوم العيد، وآخرها الصبح من آخر أيام التشريق، وهو مذهب ابن عباس.

وفيه قولان آخران: أحدهما: أنه يستحب عقيب ثلاث وعشرين صلاة؛ أولها: الصبح من يوم عرفة، وآخرها: العصر آخر أيام التشريق.

الآخر: أنه يدخل وقته عقيب صلاة المغرب ليلة النحر. ولم يتعرض في هذا النص للأخير.

والقول الثاني في الثلاث: مذهب عمر وعلي، رضي الله عنهما، وإحدى^(٢) الروايتين عن ابن عمر وابن مسعود، ومذهب المزني واختيار ابن سريج.

وقيل: مذهب الشافعي هو الأول، وما عداه حكاية لمذهب الغير.

ثم اختلفوا في أربع مسائل:

الأولى: أن إرسال هذه التكبيرات في هذه الأيام هل يستحب من غير صلاة؟ كما اختلفوا في أن التكبيرات المرسلة ليلتي العيدين هل تستحب عقيب الصلاة؟.

الثانية: أنها تستحب عقيب الفرائض، وعقيب النوافل قولان.

الثالثة: لو قضيت صلاة هذه الأيام في غيرها فلا يكبر، ولو قضيت فيها كبر.

والتكبير مقضى أو مؤدّى؟ فيه قولان؛ فإن قلنا: مؤدّى فلو قضى فيها صلاة غير هذه الأيام كبر عقيبها. وإن قلنا: مقضية فلا.

الرابعة: إذا كبر الإمام خلف صلاة على خلاف اعتقاد المقتدى، فقد تردد ابن سريج في أنه هل يوافق بسبب القدوة؟ كما يوافق في القنوت من حيث إن توابع الصلاة من الصلاة.

(١) في الأصل وخمسة عشر وهو خطأ تكرر أكثر من مرة، وما أثبتناه هو الصواب.

(٢) في الأصل: وأحد.

وكيفية هذه التكبيرات أن يقول: «الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر» ثلاثاً نسقاً.

وقال أبو حنيفة: مرتين.

ثم يقول بعده: «كبيراً» والحمد لله كثيراً، وسبحان الله بكرة وأصيلاً، لا إله إلا الله وحده، لا شريك له، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون، لا إله إلا الله وحده، صدق وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، لا إله إلا الله، والله أكبر.

فروع أربعة: الأول: لو ترك تكبيرات الركعة ناسياً وتذكرها بعد القراءة: فالمنصوص حديثاً أنه لا يكبر؛ لفوات وقته. وقال في القديم: يكبر لبقاء القيام. ومن الأصحاب من طرد القول القديم في تدارك دعاء الاستفتاح.

الثاني: إذا فات صلاة العيدين بزوال الشمس ففي قضائها أربعة أقوال: أحدهما: لا يقضى. الثاني: يقضى، ولكن يوم الحادى والثلاثين إن فات يوم الثلاثين.

لأنه يحتمل هذا اليوم الأداء. الثالث: يقضى طول هذا الشهر. الرابع: أنه يقضى أبداً. وقد سبق نظيره في النوافل.

الثالث: إذا شهدوا على الهلال قبل الزوال، أفطرونا وصلينا. وإن أنشأوا الشهادة بعد الغروب يوم الثلاثين لم يُصغَ إليهم؛ إذ لا فائدة إلا ترك صلاة العيد. وإن أنشأوا بين الزوال والغروب أفطرونا وبأن فوات العيد.

فإن رأينا قضاءها فبقية اليوم أولى، أو يوم الحادى والثلاثين؟ فيه وجهان؛ ينظر في أحدهما إلى المبادرة، وفي الثاني إلى أن تشبه وقت القضاء بالأداء. وفيه وجه: أنا نفطر ولا نحكم بفوات الصلاة؛ فإن الغلط ممكن، وهذا شعار عظيم لا يمكن تفويته، فيصلى يوم الحادى والثلاثين^(١) بنية الأداء.

أما إذا شهدوا قبل الغروب ولكن عدلوا بالليل ففي فوات الصلاة وجهان: أحدهما لا؛ لأن النظر إلى وقت التعديل وقد عدل في غير وقته. والثاني: أن النظر إلى وقت الشهادة.

الرابع: إذا كان العيد يوم الجمعة وحضر أهل القرى ممن يبلغهم النداء، فالقياس: أنه لا يجوز لهم الانصراف حتى يصلوا الجمعة.

(١) «والثلاثين» ساقط من الأصل وأثبتناه من مطبوعة دار السلام بالمقابلة مع النسخ الأخرى وهو الصواب.

وقال العراقيون: الصحيح الجواز، ورووا عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ كان يُرخص لأهل السواد في مثل هذا اليوم في الانصراف»^(١).

* * *

(١) حديث أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «قد اجتمع في يومكم هذا عيدان فمن شاء أجزأه من الجمعة، وإنا مجمعون». أخرجه أبو داود (١٠٧٣٦)، وابن ماجه (ح ١٣١١)، والبيهقي (٣/٣١٨)، والحاكم (١/٢٨٨)، وقال: صحيح على شرط مسلم وهو حديث غريب. وروى من حديث إياس بن أبي رملة الشامي، قال: شاهدت معاوية بن أبي سفيان وهو يسأل زيد بن أرقم: هل شهدت مع رسول الله ﷺ عيدين اجتماعاً في يوم؟ قال: نعم، قال: كيف صنع؟ قال: صلى العيد ثم رخص في الجمعة، فقال: «من شاء أن يصلي فليصل». أخرجه أبو داود (ح ١٠٧٠)، والنسائي (٣/١٩٤)، وابن ماجه (١/٤١٥)، والبيهقي (٣/٤١٧)، وأحمد (٤/٣٧٢)، والحاكم (١/٢٨٨)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. قال صاحب التلخيص (٢/٨٨): وقال ابن المنذر: لا يثبت، وإياس بن أبي رملة مجهول، وصححه ابن المديني، وإياس ذكره ابن حبان في الثقات (٤/١٣٦)، وقال الحافظ في التقریب (١/٧٨): مجهول.

كتاب صلاة الخسوف^(١)

وهي سنة في سائر الأوقات؛ لأن لها سبباً، خلافاً لأبي حنيفة^(٢).

ولما مات إبراهيم، ولد النبي، عليه الصلاة والسلام، كُسِفَت الشمس، فقال بعض الناس: إنها كُسِفَت لموته، فخطب رسول الله ﷺ وقال: «إن الشمس والقمر لآيات من آيات الله لا يَخْسِفَان لموت أحد ولا لحياته، فإذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى ذكر الله والصلاة»^(٣).

ثم أقل هذه الصلاة ركعتان ينوي فيها صلاة الخسوف ثم يقرأ الفاتحة، ثم يركع، ثم يعتدل، فيقرأ الفاتحة، ثم يركع على ترتيب سائر الصلوات وكذلك يفعل في الثانية، وفي كل ركعة قيامان وركوعان. فلو تبادى الخسوف جاز أن يزيد ثالثاً ورابعاً على أحد الوجهين؛ إذ رأى أحمد بن حنبل أن الركوع في كل ركعة ثلاث^(٤)، فليحمل على صورة التماضي. والقياس: المنع إن لم يصح الخبر.

وكذا الوجهان في أنه بعد الفراغ هل يستأنف صلاة أخرى عند التماضي؟ وكذا الوجهان في أنه هل يقتصر على ركوع واحد إن أسرع الانجلاء؟.

فأما الأكمل: فهو أن يقرأ في القومة الأولى بعد دعاء الاستفتاح سورة الفاتحة والبقرة، وفي الثانية الفاتحة وآل عمران، وفي الثالثة الفاتحة والنساء، وفي الرابعة المائدة أو مقدارها من القرآن، وذلك بعد الفاتحة في كل قومة.

(١) الخسوف للقمر: هو ذهاب ضوئه أو نقصانه. وهو عكس الكسوف: وهو احتجاب نور الشمس أو نقصانه بوقوع القمر بينها وبين الأرض، وهو للشمس كالخسوف للقمر. وقد استعمل البعض لفظ: «الخسوف» فيهما جميعاً، والصواب ما ذكرنا أولاً. وبالله التوفيق. انظر: المعجم الوسيط (١/٢٣٤، ٢/٧٨٧).

(٢) اتفق العلماء قاطبة على أنها سنة وأنها في جماعة وادعى بعضهم الإجماع على ذلك ولم يعرف عن أبي حنيفة خلاف ذلك. كما وهم المصنف. انظر: حاشية ابن عابدين (٢/١٨٢)، وما بعدها، وشرح فتح القدير (٢/٨٤).

(٣) الحديث أخرجه البخاري (ح ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩)، ومسلم (ح ٩٠١)، وأبو داود (ح ١١٧٧)، والنسائي (ح ١٤٦٢، ١٤٦٣)، وابن ماجه (ح ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣).

(٤) وذلك من حديث أبي عوانة (٢/٣٧١ - ٣٧٢)، عن جابر بن عبد الله، قال: «كُسِفَت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فصلى ست ركعات بأربع سجعات».

فأما الركوع: فيسبح في الأول مقدار مائة آية، وفي الثاني بقدر ثمانين، وفي الثالث بقدر سبعين، وفي الرابع بقدر خمسين.

وأما السجدة فلا يطولها. ونقل البيهقي عنه أنها على قدر الركوع الذي قبله. ولا خلاف أن القعدة بين السجدين لا تطول.

ثم إذا فرغ من الصلاة يستحب أن يخطب خطبتين كما في العيد، ولا يجهر في الكسوف بالقرآن؛ لأنه نهارى^(١).

ويجهر بالخسوف؛ لأنه بالليل. والجماعة فيها مسنونة غير واجبة.

فروع ثلاثة: الأول: المسبوق إذا أدرك الركوع الثاني نقل البيهقي أنه لا يكون مدركاً؛ لأن الأصل هو الأول. وقال صاحب التقريب: يصير مدركاً للقومة التي قبلها فبقى عليه قيام واحد وركوع واحد، والأول أصح.

الثاني: تفوت صلاة الكسوف بالانجلاء، وبغروب الشمس كاسفة. وتفتت صلاة الخسوف بالانجلاء، وبطلوع قرص الشمس، ولا تفوت بغروب القمر في جُح الليل نحاساً؛ لأن الليل باقٍ، وسلطان القمر في جميعه.

وهل تفوت بطلوع الشمس؟ فيه قولان؛ الجديد: أنه لا تفوت لبقاء سلطنة القمر بدوام الظلمة.

الثالث: إذا اجتمع عيد وخسوف، وخيف الفوات فالعيد أولى، وإن اتسع الوقت فقولان:

أحدهما: الخسوف أولى؛ لأنه على عرض الفوت بالانجلاء. والثاني: العيد أولى؛ لأنه سنة مؤكدة ربما يعوض عنها عائق. ولو أنكر مُنَجَّم وجود الكسوف يوم العيد، لم نرده

(١) مفهوم أحاديث الكسوف الواردة في الصحيحين وغيرهما أنه ﷺ قرأ سرّاً كما في صحيح البخاري كتاب الكسوف أحدها (ح ١٠٥٢)، بلفظ: «عن ابن عباس فقام قياماً نحواً من سورة البقرة» وأخرجه مسلم (ح ٩٠٧/١٧)، وأبو داود (٧٠٢/١)، والسنائي (١٤٦/٣)، وعن ابن عباس أيضاً، بلفظ: «قامت إلى جنب رسول الله ﷺ فما سمعت منه حرفاً».

أخرجه أحمد (٣٥٠/١)، والهيتمي (٢١٠/٢)، وأبو نعيم (٣٤٤/٣)، والبيهقي (٣٣٥/٣)، وغير ذلك من الأحاديث وكلها تصرح بلفظ «الكسوف» إلا أن البخاري بَوَّبَ في آخر كتاب الكسوف باب الجهر بالقراءة في الكسوف (ح ١٠٦٥، ١٠٦٦)، وفيه: «جهر النسي ﷺ في صلاة الخسوف»، وليس الكسوف، وهذا اضطراب في معنى اللفظ على ما بيناه من قبل من خصوصية الكسوف بالشمس، والقمر بالخسوف. والله أعلم.

على قولنا: إن الله على كل شيء قدير.

ولو اجتمع كسوف وجمعة قدمنا الجمعة إن خفنا فواتها، وإلا فقولان كما في العيد. ثم قال الشافعي، رضى الله عنه: يخطب للجمعة والكسوف خطبة واحدة يتعرض فيها للكسوف وللجمعة؛ حتى لا يطول الوقت، ولا بأس بوقوع الخطبة قبل صلاة الكسوف؛ لأنها ليست من شرائطها. وكذا يفعل عند اجتماع العيد والكسوف.

ولو اجتمع جنازة مع هذه الصلوات فهي مقدمة إلا مع الجمعة عند ضيق الوقت ففيه خلاف، والأصح تقديم الجمعة. ووجه تقديم الجنازة: أن الجمعة لها بدل.

ثم قال الشافعي: ولا يبرز بالناس؛ لأنه ربما يفوت بالبروز، ولا يصلى لغير الخسوفين من الآيات كالزلازل وغيرها.

* * *

كتاب (١) صلاة الاستسقاء (٢)

وهي سنة عرفت من فعل رسول الله ﷺ.

وقال أبو حنيفة: بدعة (٣).

وسببها: أن ينقطع ماء السماء أو العيون، فتستحب عنده صلاة الاستسقاء، ولو أخبرنا أن طائفة من المسلمين ابتلوا به فيسألنا أن نستسقي لهم؛ لأن المسلمين كنفس واحدة.

ثم إن سقوا يوم الخروج فذاك، وإن عمدا كررنا ثانيًا وثالثًا كما يراه الإمام، فإن سقوا قبل الاستسقاء خرجوا للشكر والموعظة، وفي أداء الصلاة للشكر وجهان، وكذا في أدائها للاستزادة في النعمة. ثم أقل هذه الصلاة كأقل صلاة العيد، ووقتها وقتها.

وأكملها: أن يأمر الإمام الناس بالتوبة والخروج من المظالم، وأن يستحل بعضهم بعضًا، ويأمرهم بالصوم ثلاثة أيام، ثم يخرجون في الرابع في ثياب بذلة وتخضع، بخلاف العيد.

ويستحب إخراج الصبيان، وفي إخراج البهائم قصداً تردد، ولا بأس بخروج أهل الذمة ويحازون إلى جانب.

(١) في الأصل الذي ننسخ منه «باب» وما أثبتناه من طبعة دار السلام بالمقابلة مع أصول أخرى.

(٢) قال القاضي عياض: الاستسقاء: الدعاء بطلب السقيا، فكأنه يقول: باب الصلاة لأجل طلب السقيا.

(٣) قوله: «وقال أبو حنيفة: بدعة». أي إن كانت بمعنى الصلاة، أما أن يخرج بالناس الإمام فيدعوا فلا، ومنشأ الخلاف ما روى عنه ﷺ أنه استسقى، وصلى، وفي بعض الروايات لم يذكر فيها إلا الدعاء.

أما ما أخذ به الجمهور فأشهره حديث عباد بن عويم، عن عمه، «أن رسول الله ﷺ خرج بالباس يستسقى؛ فصلى بهم ركعتين، جهر فيهما بالقراءة، ورفع يديه حذو منكبيه، وحول رداءه، واستقبل القبلة، واستسقى». أخرجه البخاري (ح ١٠٢٤)، ومسلم (٨٩٤/٢، ٨٩٤/٤).

وأما ما ورد وليس فيه ذكر الصلاة بل الدعاء فقط، فمنه حديث أنس بن مالك، قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، هلكت المواشي، وتقطعت السبل، فادع الله، فدعا رسول الله ﷺ، فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة». أخرجه البخاري (ح ١٠١٥)، ومسلم (٨٩٧/٨)، وهناك من الأحاديث والآثار التي استدلو بها على ذلك ما لا يتسع له المقام هنا، وحسبنا ما ذكرناه.

ومن أصحابنا من قال: هي كصلاة العيد إلا أنه يبدل سورة في إحدى الركعتين فيقرأ: ﴿إنا أرسلنا نوحاً﴾ [نوح: ١]، لاشتغالها على قوله تعالى: ﴿يرسل السماء عليكم مدراراً﴾ [نوح: ١١].

ثم يخطب الإمام بعد الفراغ خطبتين، كما في العيد، لكن يبدل التكبيرات بالاستغفار، ثم يلحقه بالدعاء في الخطبة الثانية، ويستقل القبلة فيهما ويستدبر الناس، ثم يحول رداءه تفاؤلاً بتحويل الحال وتأميلاً برسول الله ﷺ، فيقلب الأعبى إلى الأسفل واليمين إلى اليسار، والظاهر إلى الباطن^(١).

وكان على رسول الله ﷺ خميص، فتعذر عليه لما حاول قلبها من الأعلى إلى الأسفل، فترك.

فرأى الشافعي، رضي الله عنه، في الجديد: الإتيان بما هم به رسول الله ﷺ أولى.

ويستحب أن يدعو في الخطبة الأولى ويقول: «اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً هنيئاً مريئاً مريعاً غداً مطحلاً طيقاً سحاً دائماً، اللهم اسقنا الغيث ولا تجعلنا من القانطين، اللهم إن بالعباد والبلاد من اللأواء والضنك والجهد ما لا نشكر إلا إليك، اللهم أنبت لنا الزرع، وأور لنا

(١) روى في ذلك أحاديث وآثار منها عن عبد الله بن زيد: «أنه ﷺ خرج إلى المصلي يستسقي؛ فاستقبل القبلة، وقلب رداءه، وصلى ركعتين». أخرجه الدارقطني (٦٦/٢)، والحاكم (٣٢٦/١)، والبيهقي (٣٤٨/٣)، وذلك من رواية محمد بن عبد العزيز بن عبد الملك. قال البخاري: منكر الحديث؛ وقال النسائي: متروك، وضعفه الدارقطني، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث ليس له حديث مستقيم. وقال البيهقي: هذا غير قوي.

وعنه أيضاً، أنه قال: «استسقى رسول الله ﷺ وعليه خميص سوداء؛ فأراد أن يأخذ بأسفها، فيجعله أعلاها، فلما ثقلت عليه، قلبها على عاتقه». أخرجه أبو داود (ح ١١٦٤)، وأحمد (٤١/٤)، والحاكم (٣٢٧/١)، وقال: صحيح على شرط مسلم.

وأخرج ابن ماجه (٤٠٣/٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٢٣/١)، كتاب الصلاة: باب الاستسقاء كيف هو، من طريق سفيان، عن المسعودي، قال: سألت أبا بكر بن محمد بن محمد بن عمرو بن حزم، «أجعله أعلاه أسفله أو اليمين على الشمال، قال: بل اليمين على الشمال». وجاء حديث عبد الله مختصراً عند البخاري (ح ١٠١١، ١٠١٢)، وليس فيه كيفية القلب، بلفظ: «قلب رداءه»، فقط.

الضرع واسقنا من بركات السماء، اللهم ارفع عنا الجهد والجوع والعري واكشف عنا ما لا يكشفه غيرك، اللهم إنا نستغفرك، إنك كنت غفاراً، فأرسل السماء علينا مدراراً^(١)، والله أعلم.

* * *

(١) الأدعية التي وردت عن رسول الله ﷺ في صحيح البخاري (ح ١٠١٣): «اللهم اسقنا، اللهم اسقنا، فلما أتت وأرادوا رفعها دعا ﷺ: «اللهم حوالينا لا علينا اللهم على الآكام والجزال والظراب والأودية ومنايت الشجر».

أما ما أورده المصنف فهو كاملاً أخرجه الشافعي في الأم (٢٢٢/١)، والبيهقي (ح ٧٢١٠)، وفي السنن الكبرى (٣/٣٥٤، ٣٥٥)، وتلخيص الحبير (ح ٧٢١)، وأخرج ابن ماجه طرفاً منه (ح ١٢٦٩، ١٢٧٠).

كتاب الجنائز^(١)

والنظر فيه يتعلق بأداب المحتضر، وبغسل الميت، وتزيينه، وتكفينه، وحمل جنازته،
والصلاة عليه، ودفنه، والتعزية، والبكاء عليه.
فتحرى فيه على ترتيب الوجود اعتياداً.

* * *

القول في المحتضر

من أشرف على الموت فليستقبل به القبلة وهو أن يلقي على قفاه وأخصاه إلى القبلة^(٢).

وقيل: إنه يلقي على جنبه الأيمن كما يفعل به في لحده. ويُستحب أن يُلقن كلمتى الشهادة برفق من غير إضجار، وأن تتلى بين يديه سورة «يس»^(٣).

(١) الجنائز: جمع جنازة، قال صاحب «المشارك»: الجنازة بفتح الجيم وكسرها: اسم للميت والسرير، ويقال: للميت بالفتح، وللسرير بالكسر، وقيل: بالعكس. وإذا لم يكن الميت على السرير، فلا يقال له: جنازة، ولا نعش، وإنما يقال له: سرير، نص على ذلك الجوهري، وفى المعجم الوسيط (١٤٠/١) «الجنازة»: العش، والميت. وهما مع المشيعين. والشئ يثقل على قوم فيغتمون به. ويقال: ضرب حتى ترك جنازة. وطعن فى جنازته: مات. وقال الأزهري: لا تسمى جنازة، حتى يشد الميت مكفناً عليه. وقال صاحب «المجمل»: جَنَزْتُ الشئ: إذا سترته، ومنه اشتقاق الجنازة.

(٢) وفيه حديث عن عبيد بن عمير، عن أبيه، وكانت له صحبة أن رجلاً قال: يا رسول الله ما الكناثر؟ قال: [هى سبع فذكر منها واستحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتاً]. وفى رواية [هن تسع...]. أخرجه أبو داود (٢٨٧٥)، وابن عبد البر فى التمهيد (٦٩/٥)، وابن حجر فى فتح البارى (١٨٢/١٢)، والبيهقى (٤٠٨/٣)، والسيوطى فى الدر المنثور (١٤٦/٢)، والألبانى فى إرواء الغليل (١٥٥/٣)، قال الشوكاتى فى نيل الأوطار (٢٠/٤): استدل به على مشروعية توجيه المحتضر إلى القبلة لقوله: [واستحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتاً] انتهى.

(٣) أما تلقين الميت كلمتى الشهادة فللهديث الذى عده بعض الرواة متواتراً، روى عن جماعة من الصحابة منهم أبو سعيد الخدرى، وأبو هريرة، وعبد الله بن جعفر، وعائشة، رضى الله عنهم أجمعين، مرفوعاً [لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله] أخرجه مسلم (٦٣١/٢)، ح ٩١٦/١. (٩١٨/٢)، وأحمد (٣/٣)، وأبو داود (٤٨٧/٣)، والترمذى (٢٢٥/٢)، والنسائى (٥/٤)، والبيهقى (٣٨٣/٣)، وابن ماجه (٤٦٤/١).

وليكن هو في نفسه حسن الظن بالله، عز وجل، قال رسول الله ﷺ: «لا يموتن أحدكم إلا وهو يُحسِنُ الظن بالله»^(١).

ثم إذا فاظلت نفسه تغمض عيناه، ويشد لحياه بعصابة كيلا يتشوه خلقه، وتلين مفاصله كيلا يتصلب، ويصان عن الثياب المدفئة؛ فإنها تسرع إليه الفساد، فيستر بثوب خفيف، ويوضع على بطنه سيف أو مرآة؛ كيلا يربو بطنه، ولا يوضع عليه مصحف.

* * *

القول في الغسل

والنظر في كيفيته، وفي الغاسل

أما الكيفية: فأقله: إمرار الماء على جميع الأعضاء كما في الجنابة.

وفي النية: وجهان؛ أحدهما: لا تحب؛ لتعذرهما على المغسول. والثاني: أنها تحب على الغاسل، وإنما الميث محل الغسل، وعلى هذا يمتنئ غسل الكافر^(*)، وَمَنْ لَفَّظَهُ الْبَحْرُ

= وأما قوله: «وأن تتلى بين يديه سورة «يس» فلحديث معقل بن يسار مرفوعاً [أقرأوا يس على موتاكم] ولفظه: [يس قلب القرآن لا يقرؤها رجل يريد الله والدار الآخرة إلا غفر له وأقرأوها على موتاكم] أخرجه أحمد في مسنده (٢٦/٥)، ولفظ الأول أخرجه أبو داود (٣١٢١)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٠٤/٢)، والسيوطي في الدر المنثور (٣١٩/٣)، والذهبي في ميزان الاعتدال (١٠٤٠٩)، والزيدي في إتحاف السادة المتقين (٣٧٠/١٠)، وابن عراق في تنزيه الشريعة (٢٩٦/١)، والألباني في إرواء الغليل (١٥٠/٣)، قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٢/٤): الحديث أخرجه أيضاً النسائي وابن حبان وصححه وأعله ابن القطان بالاضطراب. وبالوقف وبجهالة حال أبي عثمان وأبيه المذكورين في السند. وقال الدارقطني: هذا حديث ضعيف الإسناد مجهول المتن ولا يصح في الباب حديث انتهى.

(١) الحديث أخرجه: مسلم (ح ٢٢٠٥، ٢٢٠٦)، وأحمد (٣٢٥/١، ٣٣٠، ٢٩٣/٣)، ولفظ [لا يموتن أحد منكم] ابن ماجه (٤١٦٧)، وأحمد (٢٩٣/٣، ٣١٥، ٣٢٥، ٣٩٠)، والبيهقي (٣٧٨/٣)، والدر المنثور (٣٦٢/٥)، وإتحاف السادة (١٦٩/٩، ٢٧٨/١٠)، وتلخيص الحبير (١٠٤/٢)، وكنت العمال (٥٨٥٢)، ولفظ [يربه] في إتحاف السادة المتقين (٢٢١/٩).

(*) قوله: «وعلى هذا يمتنئ غسل الكافر»، هذا يعني أن الغسل عند المصنف ومن وافقه، من باب النطافة؛ لأن القاتل بعدم الجواز جعل الغسل من باب العبادة، وقد روى ابن سعد في الطبقات (١٢٤/١)، جواز ذلك قال: أخبرنا محمد بن عمر هو الواقدي، حدثني معاوية بن عبد الله بن عبيد الله بن رافع، عن أبيه، عن جده، عن علي قال: [لما أخبرت رسول الله ﷺ بموت أبي طالب بكى، ثم قال لي: اذهب فاغسله وكفته، قال: ففعلت ذلك، ثم أتيت، فقال لي: اذهب فاغتسل]. وروى خلاف ذلك من حديث أبي إسحاق، عن ناجية بن كعب، عن علي ولم =

وانغسل أعضاؤه.

أما الأكمل: فَلْتَقَدِّمْ عَلَيْهِ ثَلَاثَةَ أُمُورٍ:

الأول: أن يُنْقَل إلى موضع خالٍ على لوح مهياً لذلك، ولا ينزع قميصه بل يُغَسَّل فيه^(١)، وإن مست الحاجة إلى مس بدنه فتق الغاسل القميص وأدخل يده فيه، وإن سزع القميص جاز ولكن يستر عورته؛ إذ يحرم النظر إليها، ويكره النظر إلى جميع بدنه إلا للحاجة.

الثاني: أن يحضر ماءً باردًا؛ كيلا يتسارع إليه الفساد. وليكن طاهرًا طهورًا، ولو استعمل السُّدْرَ في بعض الغسلات جاز^(٢)، لكن المتغير بالسدر لا يتأدى به الغرض، خلافاً لأبي إسحاق المروزي.

وينبغي أن يُعد موضعاً كبيراً للماء وينحيه عن المغتسل بحيث لا يصل إليه رشاش الماء المستعمل.

الثالث: أن يبدأ بالاستنجاء فليجلس الميت ويمسح يده على بطنه متحاملاً بقوته لتتنفض الفضلات، وعنده تكون المحجرة متقدة فائحة بالطيب، ثم يرده إلى هيئة

= يذكر فيه الغسل. قال لما مات أبو طالب: [أتيت رسول الله ﷺ، فقلت: إن عمك الشيخ الفضل قد مات، فقال: انطلق فواره، ولا تحدثنَّ حدثاً حتى تأتيني فاناطلقت فواريته، فأمرني فاغتسلت فدعا لي بدعوات ما يسرني ما على الأرض بهن شيء] أخرجه ابن أبي شيبة (٢٦٩/٣)، وأحمد (٩٧/١)، وأبو داود (٥٤٧/٣)، والنسائي (٧٩/٤)، والبيهقي (٣٩٨/٣).
(١) في غسل الميت في قميصه تردد بين العلماء لما روى أنه ﷺ غسل - بأبي هو وأمى - في قميصه، وتردد العلماء بين أن يكون ذلك خاصاً به، وبين أن يكون سنة والحديث عن عائشة، أن رسول الله ﷺ [غُسِّلَ في قميص] أخرجه مالك (٢٢٢/١)، والشافعي (٢٠٤/١)، إلا أن مالك رواه مرسلاً.

وأخرج أحمد (٢٦٧/٦)، وأبو داود (٥٠٢/٣)، والحاكم (٥٩/٣)، والبيهقي (٣٨٧/٣). من حديث عائشة في قصة غسله بقميصه ﷺ.

(٢) الغسل بالماء والسدر مستحب لحديث أم عطية، مرفوعاً وفيه [إن رأيته بماء السدر] وهو يدل على الاستحباب لا على الجواز كما ذهب المصنف. أخرجه النسائي (٢٢/٤)، وابن ماجه (١٤٥٨)، وأبو داود (٣١٤٢)، وأحمد (٨٤/٥)، والألباني في إرواء الغليل (١٦٤/١).
وروى بلفظ: [اغسلنها بالسدر (يسدر) واغسلنها وترًا] البخاري (٩٣/٢)، و٩٤، ٩٥، ولفظ: [اغسلنها بماء وسدر] ابن عبد البر في التمهيد (٣٧٣/١). ولفظ: [اغسلنها بماء وسدر] ولفظ: [اغسلها بماء وسدر] والبيهقي (٣٠/٤)، والنسائي (٣٨٩/٣)، و٧/١، ولفظ: [اغسلها بماء وسدر] كشف الحفا للعجلوني (١٤٥/٢)، والطبراني (٨٠/١٢).

الاستلقاء ، ويلف خرقة على يده، ويغسل إحدى سوائيه مبالغاً فيه، ثم يبدل الخرقة، ويغسل الأخرى، وإن كان على يده نجاسة أزالها، ثم يتعهد أسنانه ومنخره خرقة نظيفة مبلولة، ويكون ذلك كالسواك، ثم يُوضَّع ثلاثاً مع المضمضة والاستنشاق^(١)، فإن كانت أسنانه متراصة فلا يفتحها للمضمضة بل يوصل الماء إلى ثغره، وإن كانت مفتوحة ففي إيصال الماء إلى داخل الفم تردد خيفة من تسارع الفساد، ثم يتعهد شعره بمشط واسع الأسنان احترازاً عن النتف، ثم يتبدأ بالغسل.

وكيفيته: أن يضجعه على جنبه الأيسر ويصب الماء على شقه الأيمن مبتدئاً من رأسه إلى قدمه، ثم يضجعه على الشق الأيمن، وكذلك يفعل بالشق الأيسر، وهي غسلة واحدة، ثم يفعل ذلك ثلاثاً ويمر في كل نوبة اليد على بطنه لخروج الفضلات، فإن حصل النقاء بثلاث فذاك، وإلا فخمس، أو سبع، ثم يبالغ في نشفه صيانة لكفنه عن الرطوبة، ويستعمل قدرًا من الكافور لدفع الهوام^(٢).

فرعان: أحدهما: لو خرجت منه نجاسة بعد الغسل ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه يعيد الكل. الثاني: أنه يعيد الوضوء دون الغسل. الثالث: يقتصر على إزالة النجاسة.

الثاني: لو احترق مسلم وكان في غسله ما يُهَرِّثُه بممنا، ولو كان عليه قروح وغسله يسرع إليه الفساد غسلناه؛ لأن مصيره إلى البلى.

النظر الثاني: في الغاسل:

ويجوز للرجال غسل الرجال، وللنساء غسل النساء، وعند اختلاف الجنس فلا يجوز إلا بزوجة أو محرمية^(٣)، ويجوز بملك اليمين للسيد في أمته ومستولداته، وهل يجوز لهما غسل السيد؟ فوجهان:

أحدهما: نعم، كالزوجة. والثاني: لا؛ لأنهما صارتا أجنبيتين بالعق، والانتقال إلى الورثة.

(١) الوضوء مأخوذ من حديث أم عطية سابق الذكر؛ لأن الوضوء شرط في غسل الميت ففي حديث أم عطية السابق قال رسول الله ﷺ في غسله ابنته: [أَبْدَأَنَّ بِمِاسِهَا وَمَوَاصِعِ الْوُضُوءِ مِنْهَا] وهذه زيادة في الحديث خرجها البخاري، ومسلم.

(٢) كل ما تحتويه هذه الكيفية مأخوذ أيضاً من حديث أم عطية بما في ذلك استعمال الكافور.

(٣) وفيه عن عائشة قالت: [رجع إلى رسول الله ﷺ من جنازة بالقيع وأنا أجد صداعاً في رأسي، وأقول وارأسه، فقال: بل أنا وارأسه ما ضُرَّكَ لو مت قبلي فعسلتك وكفنتك، ثم صديت عليك ودفنتك] أخرجه: ابن ماجه (١٤٦٦)، والبيهقي (٣/٣٩٦)، والدارقطني (٢/٧٤)، وتلخيص الحبير (٢/١٠٧)، ونصب الراية (٢/٢٥١)، وإرواء الغليل (٣/١٦٠).

فرعان: الأول: لو ماتت امرأة ولم تجد إلا رجلاً أجنبياً، أو مات رجل ولم يجد إلا أجنبية تولى الغسل مَنْ حضر مع غُضُّ البصر، وكذا الخنثى يتولى غسله إما الرجال وإما النساء؛ استصحاباً لحكم الصغر.

وقيل: يتيمم في هذه الصور. وفقد الغاسل كفقد الماء وهو بعيد.

الثاني: إذا ازدحم جمع يصلحون للغسل على امرأة: فالبداية بنساء المحارم، ثم بعدهن بالأجنبيات، ثم بالزوج، ثم برجال المحارم، وترتيب المحارم كترتيبهم في الصلاة. هذه طريقة المرازمة.

وذكر العراقيون وجهاً في تقديم الزوج على نساء المحارم؛ لأنه ينظر إلى ما لا ينظرون إليه، ووجهاً في تقديم رجال المحارم على الزوج؛ لأن النكاح منقطع بالموت. ولا شك أن المسلم الأجنبي أولى من القريب المشرك.

هذا إذا تنافسوا، فإن تواكلوا فللمتأخر أن يتعاطى الغسل.

قال الشيخ أبو محمد: الترتيب بين الرجال والنساء واجب لا يدخله الخيرة، أما التواكل بين الرجال أو بين النساء فغير ممتنع.

* * *

القول في التزيين

وفي قلم أطفال الميت وحلق شعره الذي يخلق ندباً في حال الحياة قولان:

أحدهما: يستحب؛ لقوله، عليه الصلاة والسلام: «افعلوا بموتاكم ما تفعلون بأحيائكم»^(١). والثاني: لا؛ لأن حكم الموت شامل لأجزائه فلا يفصل منه شيء.

أما المحرم: فلا يخلق شعره ولا يخمر رأسه إن كان رجلاً، ووجهه إن كانت امرأة، ولا يقرب طيباً.

وفي صيانة المعتدة عن الطيب وجهان؛ ووجه الفرق: أن امتناعها تحرز عن الرجال، أو تفجع على الزوج وقد فات بالموت.

* * *

(١) ليس في تقليص الأظافر والأخذ من الشعر أثر، وإنما كان ذلك من المصنف ومن وافقه من باب قياس الميت على الحي. ومن لم ير ذلك قال هو من باب تكليف ما لم يشرع وأن الحي خلاف الميت فلا وجه للقياس. أما ما أورده المصنف فليس بمحدث وليس له أصل ثابت في كتب الحديث للمعتدة، والله أعلم.

القول في التكفين

وأحبُّ الثياب إلى الله البيض^(١)، وليكن جنسه القطن أو الكتان، أما الحرير: فيحرم على الرجال ويكره للنساء لأجل السرف.

وأقل الكفن: ثوب واحد ساتر لجميع البدن^(٢)، فلو أوصى بما دون ذلك لم ينفذ؛ لأنه حق الشرع.

فأما الثاني والثالث، فهو حق الميت ينفذ وصيته في إسقاطها. والصحيح: أن الورثة يلزمهم الثاني والثالث. وهل للغرماء^(٣) المنازعة فيها؟.

فيه وجهان؛ لأحدهما: نعم؛ لأن تبرئة ذمته أولى من الزيادة على واحد. والثاني: لا؛ لأن ذلك من تجمله بعد الموت فهو كعمامته ودراسته في حال حياته.

فأما المرأة: إن لم تخلف مالاً فهل يجب على زوجها تجهيزها؟ فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأن النكاح قد انتهى. الثاني: نعم؛ لأن النكاح قد استقر وأوجب الإرث، وهذه آخر حاجاتها في الكسوة، فإن لم نوجب على الزوج فتكفين كل فقير من بيت المال، ولكن بثوب أو بثلاثة؟ فيه وجهان؛ الظاهر: أنه ثوب واحد.

(١) وفيه عن ابن عباس مرفوعاً، وسمرة بن جندب مرفوعاً [خير ثيابكم البيضاء فالبسوها أحياء وكفنوا فيها موتاكم]، أخرجه أحمد (١/٢٧٤، ٣٥٥)، وكز العمال (٤١١٠٧). وفي نلفظ بدون [فالبسوها أحياء]، أخرجه ابن ماجه (١٤٧٢)، (٣٥٦٦)، والحاكم (١/٣٥٤)، والطبراني (٤٥/١٢)، وكنز العمال (٤٢٢٤٧).

وبلفظ: [فكفنوا منها] ابن ماجه (١٤٧٢)، وروى في حديث عن عائشة، رضى الله عنها، أنها قالت: [وكفن - أى رسول الله ﷺ - فى ثلاثة أثواب بيض مسحولية] ابن عبد البر فى التمهيد (١٦٣/٢، ١٦٤)، والبيهقى فى دلائل النبوة (٢٤٦/٧، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩)، وعند ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٧/٢٦٠)، بلفظ: [ثوبين].

وحديث عائشة رواه أيضاً البخارى (ح ١٢٦٤)، ومسلم (ح ٩٤١/٤٥)، والشافعى فى الأم (١/٢٦٦)، والترمذى (ح ١٠٠١)، والنسائى (ح ٣٥٤)، وابن ماجه (ح ١٤٦٩)، ومالك (٢٢٣/١).

(٢) قول المصنف هو مذهب مالك رحمه الله. والدليل: أن مصعب بن عمير كُفِّنَ يوم أحد بمرة، فكانوا إذا غطوا بها رأسه، خرجت رجلاه، وإذا غطوا بها رجله، خرجت رأسه؛ فقال ﷺ: [عَطُّوا بها رأسه، واجعلوا على رجله من الإذخر] أخرجه البخارى (ح ١٢٧٦). ومسلم (ح ٩٤٠/٤٤)، وأبو داود (ح ٣١٥٥)، والترمذى (ح ٣٩٤٣)، والسنائى (٣٨/٤).

(٣) الغرماء: جمع غريم، وهو الدائن. انظر: المعجم الوسيط (٢/٦٥١).

أما الأكمل: فهو الثلاث في حق الرجال، والزيادة إلى الخمس جائر من غير استحباب، وفي حق النساء مستحب. والزيادة على الخمس صرف على الإطلاق.

ثم إن كفن في خمس فعمامة وقميص وثلاث لفائف. وإن كفن في ثلاث فثلاث لفائف من غير قميص ولا عمائم، كلها سوابغ^(١).

وإن كفنت في خمس: فإزار وخمار وثلاث لفائف. وفي قول: تبدل لفافة بقميص، وإن كفنت في ثلاث: فثلاث لفائف. وإنما التردد في القميص إذا كفنت في خمس.

أما كيفية الإدراج في الكفن: فأن يفرش اللفافة العليا ويذر عليها الخنوط^(٢)، ويسطع عليها الثانية، ويذر عليها الخنوط، ويسطع الثالثة ويزاد في الخنوط، ويوضع الميت عليها، ثم يأخذ قدرًا صالحًا من القطن الخليج^(٣) ويلف قدرًا منه ويدسه في الأليتين، ثم يسطع عليه قدرًا عريضًا من القطن ويشد الأليتين ويستوثق كيلا يخرج منه خارج، ثم يعمد إلى المنافذ - من العين والضم والأنف والأذن - ويلصق بكل موضع قطنه عليها ككافور؛ ثم يلف الكفن عليه.

ويستحب أن يبخر الكفن بالعود، وهو أولى من المسك، وفي كون الخنوط واجبًا، أو مستحبًا؟ وجهان؛ والصحيح: أنه مستحب.

* * *

القول في حمل الجنائز

والأولى أن يحمله ثلاث؛ ويكون السابق بين العمودين، فإن لم يستقل بحمل الخشبتين فرجلان من جانبيه - وهو بين العمودين - فيكونون خمسة.

وقال أبو حنيفة: الحمل بين العمودين بدعة، ومن أراد أن يحمل الجنائز فليحملها من جميع جوانبها، فيحمل على عاتقه الأيمن مقدمة الجنائز، ثم يرجع إلى مقابله من مؤخرتها، ثم يفعل ذلك بالشق الآخر.

ثم المشي أمام الجنائز أفضل عندنا. وقال أبو حنيفة: خلفها أفضل. وقال أحمد: إن

(١) «سوابغ» جمع: «سَبَغَ»: الشيء، سبوغًا: تَمَّ. وطال، واتسع. انظر: المعجم الوسيط (١/٤١٤).

(٢) «الخنوط»: الخناط: كلُّ ما يخلط من الطيب لأكفان الموتى وأجسامهم خاصة، من مسك

وذرة وصندل وغيره وكافور وغير ذلك. انظر: المعجم الوسيط (١/٢٠٢).

(٣) «القطن الخليج»: أى: الذى لم يغزل لينسج، كقطن التيجيد أو الطبيى.

كان راكباً فخلفها، وإن كان ماشياً فأمامها^(١).

والمشي أفضل من الركوب، والإسراع بالجنائز أولى. قال رسول الله ﷺ: «إن كان خيراً فإلى خير تقدمونه، وإن كان غير ذلك فبعداً لأهل النار»^(٢).

* * *

(١) مشأ الخلاف: هو اختلاف ما روى في ذلك، وأصح ما روى هو عن المعيرة بن شعبة مرفوعاً [الراكب يمشي أمام الجنائز، والمشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها]، أخرجه أبو داود (ح ٣١٨٠)، والترمذي (ح ١٠٣٦)، وقال: «حسن صحيح». والحاكم (٣٥٥/١)، وقال: صحيح على شرط البخاري. وابن ماجه (ح ١٥٠٧)، والبيهقي (٢٤/٤، ٢٥)، وأحمد (٢٤٧/٤).

أما المشي أمام الجنائز فليما رواه مالك مرسلاً عن ابن شهاب، ووصله ابن عينة، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه قال: [رأيت رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر، رضى الله عنهما، يمشون أمام الجنائز]، أخرجه مالك (٢٢٥/١)، وأبو داود (٥٢٢/٣)، والنسائي (٥٦/٤)، وابن ماجه (٤٧٥/١)، وأحمد (٨/٢)، والترمذي (ح ١٠١٢)، وقال: «أهل الحديث كلهم يرون أن الحديث المرسل أصح من حديث ابن عينة»، والحديث منقطع كما قال الطحاوي لأنه عن سالم لا عن ابن عمر. انظر: شرح معاني الآثار (٤٧٩/١).

أما ما روى عن المشي خلفها فذلك للتفصيل. وهو مأخوذ من حديث علي رضى الله عنه، موقوفاً [إن فضل للمشي خلفها على الماشي أمامها كفضل صلاة الجمعة على صلاة الفذ، أو كفضل صلاة الرجل جماعة على صلاته فذاً]، شرح معاني الآثار (٣٨٣/١)، والمحلى (١٦٥/٥)، والبيهقي (٢٥/٤)، وابن أبي شيبة (٢٧٨/٣)، وعبد الرزاق (٤٤٥/٣)، (٤٤٦).

وروى مرفوعاً عن ابن مسعود [الجنائز متبوعة، وليست بتابعة، وليس معها من يقدمها]، أخرجه أبو داود (ح ٣١٨٤)، وقال: «هو حديث ضعيف، وأبو ماجه هذا لا يعرفه، أى الذى روى عن ابن مسعود، وأخرجه الترمذي (ح ١٠١٦)، وقال: «لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسمعت محمد بن إسماعيل البخاري يضعف حديث أبي ماجه هذا»، وأخرجه أحمد (٤٣٢/١)، وابن ماجه (ح ١٤٨٤)، والبيهقي (٢٢/٤).

(٢) الحديث لم أجده بهذا اللفظ ولكن عند البخاري (ح ١٣١٥)، ومسلم (ح ٩٤٤)، [أسرعوا بالجنائز فإن تك صالحة فخير تقدموها وإن تكن سوى ذلك فشر تضعونها عن رقابكم]، وعن علي رضى الله عنه، أن النبي ﷺ قال له: [يا علي ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنائز إن حصرت، والأيم إذا وجدت لها كفناً]، أخرجه أحمد (١٠٥/١)، والترمذي (ح ١٧٢)، وقال: غريب ما أرى إسناده متصلاً، وأثبت أبو حاتم اتصال الإسناد فى جامع التحصيل (ص ٢٤٣).

وروى أبو داود (ح ٣١٥٩)، والبيهقي (٣٨٦/٣)، من حديث حصين بن وحوح أن السى ﷺ عاد طمحة فقال: [إني لا أرى طمحة إلا قد حدث به الموت فأذنوني به حتى أشهده فأصلى عليه وعجلوه فإنه لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهرائي أهلها]. وروى غير ذلك مما لا يتسع المقام لذكره هنا.

القول فى الصلاة على الميت

والنظر فى أربعة^(١) أطراف:

الأول: فىمن يُصلى عليه

وهو كل ميت مسلم ليس بشهيد، فهذه ثلاثة قيود:

القيد الأول: الميت:

فيه مسائلتان: الأولى: لو صادفنا عضو آدمى واحتمل كون صاحبه حياً لم نصل عليه، وإن قطع. بموت صاحبه غسلناه، وصلينا عليه، وواريناه بخرقه ودفناه، وتكون هذه الصلاة على الميت الغائب.

وقال أبو حنيفة: لا يُصلى عليه إلا إذا وُجد النصف الأكبر؛ فإنه لا تجوز الصلاة على الغائب عنده.

الثانية: السقط إن خرج واستهل فهو كالكبير، وإن لم يظهر عليه التخطيط فيواري فى خرقه، ولا يغسل ولا يُصلى عليه؛ لأنه لم يتحقق حياته.

وإن ظهر شكل آدمى فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه كالكبير استدلالاً بالشكل على الروح، والثانى: لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه لم تحقق حياته، والثالث: أنه يغسل، ولا يصلى عليه. والدفن يجب قولاً واحداً، والكفن لا يجب إكماله إلا إذا أوجبنا الصلاة. وإن اختلج بعد الانفصال قليلاً ثم سكن، فالخلاف هاهنا مرتب، وأولى بأن يعتقد حياته. القيد الثانى:

الإسلام فلا يصلى قط على كافر، ولا على مبتدع يكفر فى بدعته، وإن كان الكافر حربياً فلا يجب دفنه.

وأما الذمى: فتحرم الصلاة عليه، ولكن دفنه وتكفينه من فروض الكفايات وفاء بالذمة. وفى كلام الصيدلانى إشارة إلى أنه كالحربى، إذ لم يبق له ذمة بعد الموت.

فرع: إذا اختلط موتى المسلمين بالمشركون نغسلهم ونكفنهم تقصياً عن الواجب، ثم عند الصلاة نميز المسلمين عن الكافرين بالنية.

القيد الثالث: الشهادة، فلا يُغسل شهيد ولا يصلى عليه^(٢).

(١) فى الأصل ثلاثة، وهو خطأ من الناسخ.

(٢) وذلك لما رواه جابر، رضى الله عنه، وغيره قال: [كان رسول الله ﷺ، يجمع بين الرجلين من قتلى أحد فى الثوب الواحد، ثم يقول: أيهم آخذاً للقرآن، فإذا أشير له إلى أحدهما قدمه فى اللحد، وأمر بدفنه فى دماهم ولم يغسلوا ولم يصل عليهم]، أخرجه البخارى (ح ١٣٤٧)، والترمذى (ح ١٠٤١)، والنسائى (٦٢/٤)، وابن ماجه (٤٨٥/١)، وأحمد (٤٣١/٥)، والبيهقى (١٤/٤).

والشهيد: من مات بسبب القتال مع الكفار في وقت قيام القتال. فهذه ثلاثة معان، فإن كان في قتال أهل البغي، أو مات حتف أنفه في قتال الكفار، أو مات بعد انقضاء القتال بمرحلة مشخنة أصابته في القتال، أو قتله الحربى اغتيالاً من غير قتال ففي الكل قولان:

أحدهما: يثبت له حكم الشهادة؛ للاشتراك في المعنى. والثاني: لا؛ لأن لكل وصف من هذه الأوصاف أثراً.

ولا خلاف أن من أصابه في القتال سلاح مسلم، أو وطأته دواب المسلمين فمات فهو شهيد، ولا خلاف أن المحروح إذا كان يتوقع حياته فمات بعد انقضاء القتال فليس بشهيد، وإنما القولان فيمن يقطع بأنه يموت إذا بقيت فيه حياة مستقرة.

فأما القتل ظلماً من مسلم أو ذمي، أو المبطون، أو الغريب إذا مات، فهو لاء يُصلى عليهم وإن ورد فيهم لفظ الشهادة^(١). والقتل بالحق قصاصاً أو حداً ليس بشهيد.

فرعان:

أحدهما: تارك الصلاة إذا قتل يُصلى عليه^(٢).

(١) أما المقتول ظلماً ويصلى عليه ما ورد في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً [من قتل دون ماله فهو شهيد]، أخرجه البخارى (١٧٩/٣)، ومسلم (الإيمان ٢٤٦)، وأبو داود (٤٧٧٢)، وفي لفظ: [من قتل دون ماله فقتل مظلوماً] ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٩٦٣/٣).

وروى أيضاً: [من قتل دون أهله فهو شهيد]، أخرجه النسائى (١١٦/٧)، والترمذى (١٤١٨)، والبيهقى (٢٦٦/٣، ١٨٧/٨، ٢٣٥). وروى [من مات دون حقه فهو شهيد] رواه الخطيب البغدادى فى تاريخ بغداد (٨١/١٠). وروى [من مات دون دمه فهو شهيد] رواه الترمذى (١٤١٨)، والنسائى (١١٦/٧)، وأحمد (١٩٠/١)، والبيهقى (٢٦٦/٣، ١٨٧/٨)، وإرواه الغليل (١٦٤/٣).

أما غير المظلوم فمن حديث أبى هريرة مرفوعاً الشهداء خمسة: [المطعون، والمبطون، والغريق، وصاحب الهدم، والشهيد فى سبيل الله] ويستثنى من يصلى عليهم الأخير.

أخرجه البخارى (١٦٧/١، ١٨٤، ٢٩/٤)، ومسلم (الإمارة ب ٥١ رقم ١٦٤)، والترمذى (١٠٦٣)، وأحمد (٣٣٥/٢، ٥٣٣)، وفى موطأ مالك [الشهداء سبعة] (٢٣٤).

(٢) قلت: هذا باعتبار الخلاف الذى بين العلماء فى كفره أو علمه، فإن قلنا إنه يقتل حداً، قتل تاب أو لم يتب ويصلى عليه. وإن قلنا يقتل كفراً، فإن تاب لم يقتل، وإن لم يتب قتل كفراً، ولم يصلى عليه للنهى عن ذلك. والله أعلم. انظر: كتابنا معايير التأويل والمتأولين.

قال صاحب التلخيص: يُطمس قبره ولا يكفن ولا يُصلى عليه تحقيراً له، وهو بعيد.

الثاني: قاطع الطريق إذا صلب قيل: لا يصلى عليه تغليظاً. والظاهر: أنه يغسل ويصلى عليه.

وإن قلنا: إنه يترك مصلوباً حتى يتهرى، فالطريق: أن نقتله أولاً ونغسله ونصلي عليه ونصلبه في كفته، وكان الهواء قبره.

وإن قلنا: يقتل مصلوباً فينزل بعد القتل، ويصلى عليه، ويدفن. ومن يرى أنه يقتل مصلوباً ويبقى فلا يتمكن من الصلاة.

فإن قيل: فماذا يفارق الشهيد غيره؟.

قلنا في أربعة أمور:

الأول: الغسل؛ فإنه حرام في حقه وإن كان جنباً؛ لقوله، عليه الصلاة والسلام: «زموهم بكلومهم ودمائهم، فإنهم يحشرون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دماً فاللون لون الدم والريح ريح المسك»^(١). وخرج ابن سريج وجهاً في الجنب أنه يغسل.

الثاني: الصلاة عليه حرام عندنا، خلافاً لأبي حنيفة. ومن أصحابنا من قال: جائز ولكنه غير واجب.

الثالث: لا يُزال دَمُ الشهادة. وهل يزال سائر النجاسات؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأن المعفو عنه أثر الشهادة.

والثاني: لا؛ لأن إزالتها يؤدي إلى إزالة أثر الشهادة.

الثالث: أنه إن كان يؤدي إلى الإزالة فلا يزال، وإلا فيزال.

الأمر الرابع: التكفين في حقه كهو في حق غيره إلا أن الثياب الملوخة بالدم لا ينزع، ولو نزع الوارث أو أبدله فلا يمنع، وأما الدرع والثياب الخشنة فلا شك في نزعها.

الطرف الثاني: فيمن يُصلى

والنظر في صفة الإمام وموقفه:

(١) أخرجه البخاري (ح ١٣٤٦)، ومسلم (ح ١٨٧٦)، وأبو داود (١٩١/٣)، والترمذي (٣٥٤/٣)، والنسائي (ح ٢٠٠٢)، وابن ماجه (ح ١٥١٤).

أما الصفة: فالأولَى بالصلاة القريب، ولا يقدم على القرابة إلا الذكورة حتى يقدم صبي مراهق على امرأة، والوالى يقدم على القريب فى القديم.

ثم ترتيب الأقارب أن يبدأ بالأب، ثم الجد، ثم الابن، ثم العصبات على ترتيبهم فى الولاية. ثم فى تقديم الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين كما فى النكاح. والصحيح التقديم؛ لأن لقرابة النساء مدخلاً فى الصلاة، وكذلك إذا فقدنا العصبات قدمنا ذوى الأرحام. والأولى تقديم المعتق عليهم كما فى الإرث.

فرعان: أحدهما: أن السن والفقہ إذا تعارضا فى أخوين قالت المراوزة: الأنفة أولى كما فى سائر الصلوات. وقال العراقيون: نص الشافعى، رضى الله عنه، هاهنا يدل على أن السن أولى، ونصه فى سائر الصلوات يدل على أن الفقہ أولى، ففى المسألتين قولان: بالنقل والتخريج، ووجه تقديم السن هاهنا: أن المراد الدعاء، وقد قال ﷺ: «إن الله يستحى أن يرد دعوة ذى الشبهة المسلم».


الثانى: عبد فقيه، وحر غير فقيه، وأخ رقيق، وعم حر، ففى المسألتين وجهان، ولعل التسوية أولى؛ لتعادل الخصال، وعند التسوية لا مرجع إلا إلى القرعة، أو التراضى.

فأما الموقف: فليقف الإمام وراء الجنازة عند صدر الميت إن كان رجلاً، وعند عُنْجِرة المرأة، كأنه يحاول سترها عن القوم، فلو تقدم على الجنازة ففيه خلاف مرتب على تقدم المقتدى على الإمام وأولى بالجواز؛ لأن الغائب قد يصلى عليه ويكون الميت وراء المصلى وإن كان ذلك بسبب الحاجة، فلا بأس بإدخال الجنازة المسجد خلافاً لأبى حنيفة.

فرعان: الأول: إذا اجتمع الجنائز فيجوز أن يفرد كل واحدة بالصلاة، ويجوز أن يصلى على الجمع.

وفى كيفية الوضع وجهان: الأصح: أنه يوضع الكل بين يدى الإمام على هذه الصورة:

الثانى: أنه يوضع صفّاً مادّاً فى يمين الإمام على هذه الصورة:



الثانى: أن قرب الجنازة من الإمام رتبة مطلوبة مستحق بالسبق مرة وبالتقدم فى الرتبة أخرى، فيوضع الرجل أولاً ثم الصبى، ثم الختنى، ثم المرأة، ولا يقدم بالحرية والرق، ولكن بصفات دينية تزيد الرغبة فى الصلاة عليه، ولو سبقت جنازة امرأة فإذا ألحق رجل

نحيت المرأة، ولو سبق جنازة صبي لا تنحى بسبب رجل، وذكر صاحب التقريب وجهًا أنه ينحى، وعند تساوى الصفات فلا مرجع إلا إلى القرعة أو التراضي.

الطرف الثالث: في كيفية الصلاة

وأقلها تسعة أركان: النية، والتكبيرات الأربع، والسلام، والفاتحة بعد الأولى، والصلاة على الرسول ﷺ بعد الثانية، وفي الصلاة على الآل خلاف، والدعاء للميت بعد الثالثة ركن وهو المقصود الأهم. وقيل: يكفى الدعاء للمؤمنين من غير ربط بالميت، فلو زاد تكبيرة خامسة بطلت الصلاة على أحد الوجهين تشبيهاً لكل تكبيرة بركة.

فأما الأكمل: فيرفع السيد في التكبيرات عندنا، خلافاً لأبى حنيفة، وفي دعاء الاستفتاح والتعوذ ثلاثة أوجه:

الأصح: أنه لا يستحب الاستفتاح، ويتعوذ لأنه من توابع القراءة، ولا يجهر بالقراءة ليلاً كان أو نهاراً. وقال الصيدلاني: يجهر ليلاً.

وفي استحباب الدعاء للمؤمنين والمؤمنات عند الدعاء للميت تردد؛ لأنه مبني على التخفيف، والأصح الاستحباب، ولم يتعرض الشافعي، رضي الله عنه، لذكر بين الرابعة والسلام.

وروى البويطي أنه يقول: «اللهم لا تحرمنا أجره، ولا تفتنا بعده»^(١). وفي تعدد السلام خلاف مرتب على سائر الصلوات، والاقتصار هاهنا أولى، فيسلم بتسليم واحدة تلقاء وجهه. وقيل: يسلم ملتفتاً إلى يمينه ويختم ووجهه مائل إلى يساره فيدير الوجه في تسليم واحدة. ولا خلاف في أنه لا يسجد في هذه الصلاة لسهوها.

فروع ثلاثة: الأول: إن صلى شفيعاً^(٢) خلف من يكبر خمساً. إن قلنا: إن زيادة التكبير تبطل الصلاة فهي كالاقتداء بالحنفي. وإن قلنا: لا تبطل صحت القدوة لكن في الموافقة في التكبير الزائد قولان جاريان في اختلاف فعل الإمام والمأموم وفي القنوت وتكبيرات العيدين أن الأولى المتابعة أم لا؟

الثاني: المسبوق يكبر كما أدرك وإن كان الإمام في القراءة.

وقال أبو حنيفة: يصبر إلى أن يشتغل الإمام بالتكبيرة التي يستقلها. ثم لا بأس إن

(١) وهو حديث رواه الإمام أحمد (٧١/٦)، وإتحاف السادة المتقين للزيدي (١٠٣/٥)، والطبراني في الكبير (٦٠/١٢)، وشرح معاني الآثار (٥٠٧/١)، وبلقظ: [بعدهم] أحمد (١١١/٦)، والطبقات الكبرى لابن سعد (٩/٢/٢).

(٢) أي متذهب على الإمام الشافعي، رحمه الله.

كان هو يقرأ بقية الفاتحة، والإمام يصلي على الرسول ﷺ؛ لأن هذا هو أول صلاة المسبوق، لكن يساق الإمام بعده في التكبيرات، فإذا سلم الإمام تدارك البقية ولا يزال وإن رفعت الجنائزة.

الثالث: لو تخلف عن الإمام قصداً بتكبيره بطلت صلاته؛ لأنها كركعة، وإذا لم يوافق فيما بين التكبيرتين لا يبقى للقلوة معنى.

الطرف الرابع: في شرائط الصلاة

وهي كسائر الصلوات وتتميز بأمور:

الأول: أنه لا يشترط حضور ميت بل يُصلى على الغائب خلافاً لأبي حنيفة. صلى رسول الله ﷺ على النجاشي، وقد مات بالحبيشة^(١). وإن كانت الجنائزة في البلد ففي صلاة من لم يحضرها خلاف؛ لتيسر الحضور.

والثاني: لا يشترط ظهور الميت، بل تجوز الصلاة عليه بعد الدفن. صلى رسول الله ﷺ على المسكينة بعد الدفن^(٢).

نعم لو دفنوا قبل الصلاة خرجوا ولكن تصح صلاتهم، وصلاة الطائفة الثانية صحيحة عندنا - خلافاً لأبي حنيفة - وليس ذلك تطوعاً، بل هو كما لو التحقوا بالجماعة الأولى، وإنما التطوع أن يعيد الإنسان صلاة الجنائزة، وذلك غير مستحب.

ثم في مدة جواز الصلاة بعد الدفن خمسة أوجه:

أحدها: أنه إلى ثلاثة أيام. والثاني: إلى شهر. والثالث: إلى انمحاق أجزائه. والرابع: أن من كان للصلاة أهلاً يوم موته يصلي عليه، ومن لا فلا. الخامس: أنه يجوز أبداً.

وعلى هذا فلا تجوز على قبر رسول الله ﷺ؛ إذ قال، عليه الصلاة والسلام: ولعن الله

(١) سبق تخريج الحديث ص ٣٨٣.

(٢) حديث الصلاة على المسكينة، أخرجه ابن أبي شيبة (٣٦٢٣)، وأحمد (٤٤٤/٣)، وأبو داود (١٥٢٩)، وأبو نعيم في الحلية (١٩٣/٧)، ومن طريق أخرى عند مالك (٢٢٧/١)، وله طرق كثيرة. وقد ثبت من غير هذا الحديث صلاة الجنائزة عند القبر عن جماعة من الصحابة وهم ابن عباس وأبو هريرة وعامر بن ربيعة وسهل بن حنيف ويزيد بن ثابت، وأنس بن مالك، وحصين ابن زوح، وعقبة بن عامر، وأبو قتادة، وجابر وريدة، وأبو سعيد، وسعيد بن المسيب مرسلاً. منها عند البخاري (٢٠٤/٣، ٢٠٧)، ومسلم (٦٥٨/٢، ٦٥٩)، وأحمد (٢٢٤/١، ٣٥٣/٢)، وغيرهم.

اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد^(١).

الأمر الثالث: أن هذه الصلاة فرض على الكفاية، ويسقط الفرض بصلاة أربعة من الرجال صلوا جماعة أو آحادًا.

وهل يسقط بجنس النساء؟ فيه خلاف. وقيل: يكفي شخص واحد، وقيل: لابد من ثلاث، وقيل: لابد من أربع.

* * *

القول في الدفن

الدفن من فروض الكفايات. وأقله حُفْرَةٌ تُوَارَى بَدَنُ الْمَيِّتِ، وتَحْرُسُهُ مِنَ السَّبَاعِ، وتَكْتُمُ رَأْسَهُ. وأكملُه: قَبْرٌ عَلَى قَامَةِ رَجُلٍ رِبْعٍ.

واللحد أولى من الشق: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الشَّقُّ لَغَيْرِنَا وَاللَّحْدُ لَنَا»^(٢)؛ وليكن اللحد في جهة القبلة ثم توضع الجنازة على رأس القبر بحيث يكون رأس الميت عند مؤخر القبر، فيسئل الواقف داخل القبر الميت من قبل رأسه ويضعه في اللحد.

وقال أبو حنيفة: توضع الجنازة بين القبلة والقبر عرضًا، ثم ترد قَهْقَرَى إِلَى الْقَبْرِ.

ثم قال الشافعي، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يُدْخَلُ الْمَيِّتَ قَبْرَهُ إِلَّا الرَّجُلُ.

فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ امْرَأَةً: فَيَتَوَلَّى ذَلِكَ زَوْجُهَا أَوْ مُحَارِمُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فَعَبِيدُهَا، فَإِنْ لَمْ

(١) بل يحرم الصلاة على قبر رسول الله ﷺ للأشعيار التي وردت في هذا، والقول بعدم اجواز تساهل من المصنف مردود. هذا فما بالك بالصلاة على القبور التي بنيت في المساجد أو بنى عليها مساجد وصارت مشاهد ونصب تعبد من دون الله أو تصرف لها العبادة مشاركة مع الله، والله أغنى الشركاء عن الشريك، يَشُدُّ إِلَيْهَا عِبَادُ الْقُبُورِ لَهَا الرِّحَالُ وَيَعْقُونَ عِيَهَا الْأُمَانِيَا وَالْأَمَالُ وَيَصْرَفُونَ لَهَا النُّذُورَ وَالطَّاعَاتِ يَسْتَعِينُوا وَيَسْتَفِيضُونَ بِالْمَقْبُورِ وَيَسْأَلُونَهُ كُلَّ مَطْلُوبٍ هِيَهَاتَ هِيَهَاتَ ضَعْفُ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ. والحديث أخرجه البخاري (ح ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧) كتاب الصلاة ومسلم (المساجد ب ٣ رقم ١٩، ٢١)، وأحمد (١/٢١٨، ٥١٨، ٢٠٤/٥)، وابن عبد البر في التمهيد (١/١٩٦).

(٢) الحديث [اللحد لنا والشق لأهل الكتاب]، أخرجه أحمد (٤/٣٦٣)، والطحاوي في مشكل الآثار (٤/٤٤٤، ٤٤٨).

وبلفظ: [اللحد لنا والشق لغيرنا] عن ابن عباس. رواه أبو داود (الجنائز ب ٦٥)، والترمذي (١٠٤٥)، والنسائي (٨٠/٤)، وابن ماجه (١٥٥٤، ١٥٥٥)، وأحمد (٤/٣٥٧)، والبيهقي (٣/٤٠٨)، والطبراني (٢/٣٦٠)، وفي الباب أحاديث أخرى راجع نيل الأوطار (٤/٧٩).

يكونوا فخصيان، فإن لم يكونوا فأرحام، فإن لم يكونوا فالأجانب. وذلك لأنهن يضعفن عن مباشرة هذا الأمر.

ثم إن كان المدفون صبيًا استقل به واحد، فإن زاد فليكن عددهم وترًا.

ثم يضحجون الميت على جنبه الأيمن في اللحد قبالة القبلة بحيث لا يكب، ولا يستلقي، وحسن أن يفضى بوجهه إلى تراب أو لبنة موضوعة تحت رأسه، ولا يوضع رأسه على مخدة، ثم ينصب اللبن على فتح اللحد ويسد الفرج بما يمنع انهيار التراب عليه، ثم يحثو كل من دنا ثلاث حثيات من التراب^(١)، ثم يهال التراب عليه بالمساحي، ولا يرفع نعش القبر إلا بمقدار شبر^(٢)، ولا يخصص، ولا يطين، ولو صب الحصى عليه فلا بأس، ولو وضع حجر على رأس القبر للعلامة فلا بأس.

ثم تسطیح القبور عند الشافعي، رضى الله عنه، أفضل من تسنيمها، لكن التسنيم الآن أفضل مخالفة لشعار الروافض. حتى ظن طائون أن القنوت إن صار شعارًا لهم كان الأولى تركه وهذا بعيد في أبعاض الصلاة، وإنما نخالفهم في هيئات مثل التختيم في اليمين وأمثاله.

ثم الأفضل أن يمكث المشيع للجنائزة إلى أن يوارى الميت. قال ﷺ: «من صلى على ميت وانصرف فله قيراط من الأجر، ومن صلى واتبع الجنائزة وشهد الدفن فله قيراطان»^(٣).

(١) هذا من حديث أبي هريرة [أن النبي ﷺ صلى على جنازة، ثم أتى قبر الميت فحشى عليه من قبل رأسه ثلاثًا]، أخرجه ابن ماجه كما جاء في منتقى الأخبار. قال الشوكاني: قال أبو حاتم في العلل: هذا حديث باطل، وقال الحافظ: إسناده ظاهر الصحة.... ثم ذكر أن ابن ماجه ذكر سنده وقال: رجاله ثقات، وقد رواه ابن أبي داود من هذا الوجه وصححه. قال الحافظ: لكن أبو حاتم إمام لم يحكم عليه بالبطلان إلا بعد أن تبين له. قال الشوكاني: وفي الباب عن عامر ابن ربيعة عند البزار والدارقطني، قال: [رأيت النبي ﷺ حين دفن عثمان بن مظعون صلى عليه وكبر أربعًا وحشى على قبره بيديه ثلاث حثيات من التراب وهو قائم عند رأسه]، وزاد البزار [فأمر فرش عليه الماء]. والباب لا يصح فيه حديث. انظر: نيل الأوطار (٤/٨٠، ٨١).

(٢) وذلك لأحبار منها عن علي، رضى الله عنه، قال: [أبعثك على ما بعثني عليه رسول الله ﷺ لا تدع تمثالًا إلا طمسته، ولا قبرًا مشرفًا إلا سويته]. أخرجه مسلم (الجنائز ب ٣١، رقم ٩٣، ٩٤)، والطبراني في الصغير (٥٧/١)، وكنت العمال (١١٠١٢)، وتلخيص الحبير (١٣٤/٢)، وإرواء الغليل (٢٠٩/٣).

(٣) الحديث بلفظ: [من شهد الجنائزة حتى يصلى فله قيراط، ومن شهدا حتى تدفن كان له قيراطان] قيل: وما القيراطان؟ قال: [مثل الجليلين العظيمين] هذا لفظ البخاري في صحيحه (ح ١٣٢٥)، وأخرجه مسلم (الجنائز ٥٢)، وأحمد (٤٠١/٢)، والبيهقي (٤١٢/٣).

فرعان: الأول: أنه لا يدفن في قبر واحد ميتان ما أمكن، وإن اجتمع موتى في قحط وموتان جعلنا الرجلين والثلاثة في قبر واحد وقدمنا الأفضل إلى جدار اللحد فيقدم الأب على الابن، والابن على الأم؛ لمكان الذكورة؛ ولأنه الأحسن في هيئة الوضع، ولا يجمع بين الرجال والنساء، فإن ظهرت الضرورة جعلنا بينهما حاجزاً من التراب.

الثاني: القبر محترم فيكره الجلوس، والمشي، والاتكاء عليه وليخرج الزائر منه إلى حد كان يقرب منه لو كان حياً. ولا يحل نبش القبور إلا إذا اتمحق أثر الميت بطول الزمان، أو دفن من غير غسل فالظاهر أنه ينبش القبر ويغسل، أو دفن في أرض مغطوبة وترك المالك إخراجه فإن حق الحي أولى بالمراعاة.

ولو دفن قبل الصلاة صلى عليه في القبر. ولو دفن قبل التكفين فوجهان:

أظهرهما: أنه لا ينبش؛ لأن القبر ستره بخلاف الغسل؛ فإن مقصوده لا يحصل بالدفن. ولو دفن في كفن مغطوب فثلاثة أوجه:

أظهرهما: أنه ينبش كالأرض المغطوبة، وكما لو ابتلع لؤلؤة، فإنه يشق بطنه لأجل ملك الغير.

والثاني: أنه في حكم الهالك فيغرم القيمة إن أمكن، وإلا فالنبش عند العجز عن القيمة لا بد منه.

والثالث: أنه إن تغير الميت وأدى إلى هتك حرمة فلا ينبش، وهو الأقيس، وإلا فينبش.

* * *

القول في التعزية والبيكاء

والتعزية سنة؛ قال عليه الصلاة والسلام: «من عزى مصاباً فله مثل أجره»^(١).

= ويفظ: [من صلى على الجنازة فله قيراط ومن اتبعها حتى توضع فله قيراطان]، مسلم (الجنائز ٥٤)، والبيهقي (٤١٣/٣)، وأحمد (٢٣٣/٢)، ٢٤٦، ٢٨٠، (٣٨٧)، (٥٧/٥)، ٢٧٧، (٢٨٤، ٢٨٢).

(١) الحديث عن الأسود عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً فيه مقال، وقد ضعفه أكثر أهل العلم ورواه ابن الخوزي في الموضوعات (٢٢٣/٣)، والسيوطي في اللآلئ المصنوعة (٢٢٥/٢)، والترمذي (١٠٧٣)، وابن ماجه (١٦٠٢)، وكثر العمال (٤٢٦٠٨)، ومشكاة المصابيح (٣٠٧، ١٣٣٧)، والكامل في الضعفاء لابن عدى (١٨٣٨/٥)، (٢١١٣/٦)، والألساني في إرواء الغليل (٢١٧/٣، ٢١٩). وهذا الحداد خاص بالنساء كما ترى. والله أعلم.

ومقصوده: الحمل على الصبر بوعده الأجر، والتحذير من الوزر بإفراط الجزع، وتذكير المصاب رجوع الأمر كله إلى الله تعالى.

ثم يُعزَى الكافر بقريه المسلم، والدعاء للميت، ويعزى المسلم بقريه الكافر، ويكون الدعاء للحى فيقول: «جبر الله مصيبتك وألهمك الصبر». ويُستحب تهيئة طعام لأهل أهل الميت، ولا يؤثر التعزية بعد ثلاث؛ لقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تمح على ميت فوق ثلاث»^(١).

وأما البكاء فجائز من غير ندبة ونياحة، وشق جيب وضرب خد، فكل ذلك حرام؛ لأنه يخالف الانقياد لقضاء الله تعالى.

بكى رسول الله ﷺ على بعض أولاده فقال سعد: ما هذا؟ فقال: «إنها رحمة، وإن الله يرحم من عباده الرحماء»^(٢).

فإن قيل: أليس قال: «إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه»، هكذا رواه عمر^(٣).

قلنا: قال ابن عمر: ما قال رسول الله ﷺ هذا. إنما قال: «يزاد الكافر عذاباً ببكاء أهله عليه»، حسبكم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٤).

(١) الحديث أخرجه البخارى (ح ١٢٨٠)، ومسلم (١١٢٣/٢، ١١٢٤)، (١٤٨٦)، وأبو داود (ح ٢٢٩٩)، والترمذى (ح ١١٩٥، ١١٩٦)، والنسائى (٣٥٠٠، ٣٥٠٣، ٣٥٠٤)، وابن ماجه (ح ٢٠٨٦).

(٢) الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رواه ابن حجر فى تلخيص الحبير (١٣٩/٢)، ولفظ: [هذه رحمة جعلها (وضمها) (بضعها) الله فى قلوب عباده]، أخرجه البخارى (ح ١٢٨٤)، ومسلم (الجنائز ١١)، وأحمد (٢٦٨/١)، (٢٠٤/٥)، والبيهقى (٦٥/٤)، وعبد الرزاق (٦٦٧٠)، وكنز العمال (٤٢٩٠٢، ٤٢٤٨).

(٣) رواه البخارى بهذا اللفظ الذى أورده المصنف (ح ١٢٨٦)، وفى لفظ (ح ١٢٨٧)، [ببعض بكاء أهله] الأول عن ابن عمر والثانى عن ابن عباس.

(٤) ذكر المصنف أن الذى أنكر ما قاله عمر هو ابنه، رضى الله عنهما، وهو خطأ.

ففى صحيح البخارى أن التى أنكرت هى عائشة قالت: رحم الله عمر، والله ما حدث رسول الله ﷺ: «[إن الله يُعَذِّبُ الْمُؤْمِنَ بِبِكَاءِ أَهْلِهِ]»، لكن رسول الله ﷺ قال: «[إن الله ليزيد الكافر عذاباً ببكاء أهله عليه]»، وقالت: حسبكم القرآن: ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ قال ابن عباس، رضى الله عنهما عند ذلك: «والله هو أضحك وأبكى». قال ابن أبى مليكة: والله ما قال ابن عمر، رضى الله عنهما شيئاً. أ. هـ. كذا فى البخارى (ح ١٢٨٨)، وروى مسلم نحوه (ح ٩٢٩).

وفيه أنها أنكرت قول عمر، وابن عمر رضى الله عنهما، وفيه قال أيوب: قال ابن مَيْكَةَ: =

وكان الكفار يوصون بالبكاء والنياحة فلذلك زيد في عذابهم.

وقالت عائشة، رضى الله عنها: ما كذب عمر ولكنه أخطأ ونسى، إنما مر رسول الله ﷺ على يهودية ماتت ابنتها وهى تبكى. فقال عليه الصلاة والسلام: «إنهم يبكون وإنها تعذب فى قبرها»^(١).

* * *

باب تارك الصلاة

تارك الصلاة يقتل، قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك صلاة متعمداً فقد كفر»^(٢). معناه عند الشافعى: استوجب عقوبة الكافر. وحكم أحمد بكفره. وقال أبو حنيفة: بخلى ولا قتل عليه.

ثم الصحيح: أنه يقتل بصلاة واحدة إذا تركها عمداً وأخرجها عن وقت الضرورة، فلا يقتل بصلاة الظهر إلا إذا غربت الشمس. وفى مهلة الاستتابة ثلاثة أيام خلاف، كما فى استتابة المرتد.

وقد قيل: إنه لا يقتل إلا إذا صار الترك عادة له. وقيل: إذا ترك صلاتين أو ثلاثة. فكل ذلك تحكم.

ثم يُقتل بالسيف ويصلى عليه كما يصلى على المسلمين^(٣). وقال صاحب التلخيص: لا يرفع نعشه ولا يصلى عليه. وهو تحكم لا أصل له، والله أعلم.

* * *

=حدثنى القاسم بن محمد قال: لما بلغ عائشة قول عُمَرَ وابن عمر قالت: «إنكم لتحدثونى عن غير كاذبين ولا مكذبين. ولكن السَّمْعَ يخطئ».

(١) هذا الحديث الذى ذكره المصنف ملفق وإنما يغنى عنه ما ذكرناه فى التحقيق.

(٢) الحديث كما أورده المصنف رواه الزبيدى فى إتخاف السادة المتقين (١٠/٣). وفى الباب الماضى تارك الصلاة أحاديث كثيرة صحيحة لا تخفى على أحد.

(٣) ذكرنا من قبل أن العلماء قد أجمعوا على قتله واختلفوا فى كفره. فإن قلنا: إن تارك الصلاة يقتل لكفره فكيف يصلى على كافر وقد نهى الشرع عن ذلك؟ وإن قسا يقتل حداً صلينا عليه؛ لأن أحكام الإسلام جرت عليه كمسلم، والأول أصح. والله أعلم.

كتاب الزكاة^(١)

والأصل فيها من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾^(٢). والسنة: قوله عليه السلام: «بُني الإسلام على خمس...»^(٣) الحديث، وقوله: «مانع الزكاة في النار»^(٤). والإجماع منعقد على وجوب الزكاة.

وهي بالإضافة إلى متعلقاتها ستة:

زكاة النعم، والنقدين، والتجارة، والمعشرات، والمعادن، والقطرة.

* * *

(١) قال ابن قتيبة: الزكاة من الرِّكَّاء، وهو النماء والزيادة، سميت بذلك؛ لأنها تثمر المال، وتنميه، ويقال: زَكَا الزرع، إذا بورك فيه.

وقال الزهري: سميت زكاة؛ لأنها تركي المقراء، أي: تنميههم، قال: وقوله تعالى: ﴿تطهرهم وتزكّهم بها﴾ [التوبة: ١٠٣]، أي: تطهر المخرجين، وتركى المقراء.

قال الشوكاني: «والزكاة في اللغة: الساء، يقال: زكا الزرع إذا نما وترد أيضاً بمعنى التطهير، وترد شرعاً بالاعتبارين معاً؛ أما الأول فلأن إخراجها سبب للنماء في المال أو بمعنى أن الأجر يكثر بسببها أو بمعنى أن تعلقها بالأموال ذات النماء كالنماء في التجارة والزراعة»، وقال في الفتح: وهي الركن الثالث من الأركان التي بنى الإسلام عليها. قال ابن العربي: تطلق الزكاة على الصدقة الواجبة والمندوبة، والتفقة، والعفو والحق؛ وتعريفها في الشرع إعطاء جزء من الصواب إلى فقير ونحوه غير منصف. يمنع شرعي يمنع من الصرف إليه ووجوب الزكاة أمر مقطوع به في الشرع يستغنى عن تكلف الاحتجاج له، وإنما وقع الاختلاف في بعض فروعها فيكفر جاحدها. وقد اختلف في الوقت الذي فرضت فيه فالأكثر أنه بعد الهجرة. انتهى.

انظر: لسان العرب (١٨٤٩/٣)، ترتيب القساموس (٤٦٤/٢)، المصباح المنير (٣٤٦/١)، نيل الأوطار (١١٤/٤).

(٢) هذا جزء تكرر في غير موضع من كتاب الله منها. الآية: [البقرة: ٤٣].

(٣) روى هذا الحديث بألفاظ كثيرة منها ما أورده المصنف رواه البخاري (٩/١)، ومسلم (الإيمان ٢٠، ٢١)، والترمذي (٢٦٠٩)، وأحمد (٢٦/٢)، ٣٩، ١٢٠، ٣٦٣/٤، ٣٦٤، والبيهقي (٣٥٨/١)، والطبراني (٣٧١/٢، ١٧٤/١٢)، وابن خزيمة (٣٠٨، ٣٠٩).

(٤) الحديث بهذا اللفظ، رواه الزيلعي في نصب الراية (٤١٠/٤)، وبلغف: [مانع الزكاة يقتل] في مسد الربيع بن حبيب (٦٧/١)، وبلغف: [مانع الزكاة يوم القيامة في النار]، رواه الهيثمي في مجمع الزوائد (٦٤/٣)، والمتقى في كنز العمال (١٥٨٠٩)، والمنذرى في الترغيب والترهيب (٢٧٠/١)، وعزه للطبراني في الصغير عن سعد بن سنان ويقال فيه: سنان بن سعد، عن أنس.

النوع الأول: زكاة النعم والنظر في وجوبها وآدائها الطرف الأول: في الوجوب

وله ثلاثة أركان: من يجب عليه، وما يجب فيه وهو السبب، والواجب.

أما من يجب عليه: فلا يشترط فيه - عندنا - إلا الحرية والإسلام، فتجب الزكاة على الصبي والمجنون^(١)، ولا تجب على الكافر والرقيق، أعني الكافر الأصلي^(٢).

وأما صفة الواجب وقدره: فيتين ببيان مقادير النصاب.

وإنما يطول النظر في الركن الثالث^(٣) وهو ما يجب فيه، وله ستة شرائط: أن يكون

(١) تتعلق هذه المسألة وهي كون المكلف أملاً للتكليف بأنواع الأهلية، ونوجزها فيما يلي:

١- أهلية وجوب ناقصة: وثبتت للحنين في بطن أمه فتكون له حقوق ولا تكون عليه حقوق ولا تثبت له تلك الحقوق إلا بعد انفصاله من بطن أمه حياً.

٢- أهلية وجوب كاملة: وثبتت للإنسان من حين ولادته مباشرة حتى سن التمييز وهي السبعة، فيكون في هذه المرحلة صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات بولي يؤديها عنه كالزكاة كما ذهب إليه المصنف، إلا أن بعض هذه الحقوق كالبيع والشراء والزواج تعلق حتى بلوغه فله أن يقرأها أو يفسخها. ولل كلام بقية ليس هنا موضعه.

٣- أهلية أداء ناقصة: وثبتت من سن السابعة إلى البلوغ.

٤- أهلية أداء كاملة: وثبتت للإنسان البالغ العاقل المؤهل لتوجيه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية. انظر تفصيل ذلك بكتابتنا المداخل الأصولية، مدخل المحكوم عليه.

(٢) في ذلك خلاف مشهور بين أهل الأصول، فالجمهور على أنهم مخاطبون بالمعاملات والعبادات فهم مؤاخذون بها في الآخرة مع عدم حصول الشرع وهو الإيمان، لما ورد من وعيد للكفار على الترك كقوله تعالى: ﴿ما سلحكم في سفر قالوا لم نك من المصلين﴾ وقوله تعالى: ﴿وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة﴾ وغير ذلك، فإن قيل كيف يؤمر الكافر بفروع العبادات والمعاملات وهي لا تصح منه لوجود مانع الكفر؟ قلت: الكافر يتمكن من إزالة المانع وهو الكفر فتصح منه العبادات والمعاملات فإن لم يُزَلْ المانع وهو امتناع وصفي لم يسقط بالمانع الخطاب الذي هو التكليف ولا ينفيه لإمكانه الذاتي، فالامتناع الوصفى لا ينافي الإمكان الذاتي وإمكانية إزالة المانع تنفى كونه مانعاً.

انظر: كتابنا للمداخل الأصولية مدخل المحكوم عليه، إرشاد الفحول (ص ١٠).

(٣) الصحيح أن يقول: «الثاني»، لا «الثالث»، كما رتب في أول كلامه، والله أعلم؛ وهو ما يجب فيه، وهو السبب: والسبب: جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود حكم، أي يستلزم وجوده وجود حكم ويلزم من عدمه عدم الحكم سواء كان مناسباً للحكم أو غير مناسب؛ وبسوغ نصاب ما يجب فيه الزكاة سبب وقتي ليس في قدرة المكلف. انظر: تفصيل ذلك بكتابتنا، =

نعمًا، نصابًا، مملوكًا، متهينًا لكمال التصرف، سائمة، باقيًا حولًا.

الشرط الأول: أن يكون نعمًا:

فلا زكاة إلا في الإبل والبقر والغنم، ولا زكاة في البغال والحمر والخيل والرقيق. وقال أبو حنيفة: في كل فرس أثني سائمة دينار^(١). ولا زكاة في المتولدة من الظباء والغنم.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الأمهات من الغنم وجب الزكاة.

الشرط الثاني: أن يكون نصابًا:

أما الإبل: ففي أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم، في كل خمس شاة.

فإذا بلغت خمسًا وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض^(٢)، فإن لم يكن فيها بنت مخاض فابن لبون ذكر^(٣) وليس معه شيء.

فإذا بلغت ستًا وثلاثين إلى خمس وأربعين ففيها بنت لبون^(٤). فإذا بلغت ستًا وأربعين إلى ستين ففيها حقة^(٥). وإذا بلغت إحدى وستين إلى خمس وسبعين ففيها جذعة^(٦). فإذا بلغت ستًا وسبعين إلى تسعين ففيها ابنتا^(٧) لبون. فإذا بلغت إحدى وتسعين إلى مائة وعشرين ففيها حقتان.

«المدخل الأصولية، مدخل الحكم الشرعي»

(١) مذهب المصنف هو مذهب الجمهور في أن لا زكاة في الخيل، من قوله ﷺ: [ليس على المسلم في عبده، ولا فرسه صدقة]. أخرجه البخاري (ح ١٤٦٣)، ومسلم (ح ٩٨٢/٩)، وأبو داود (ح ١٥٩٥)، والترمذي (ح ٦٢٤)، والنسائي (ح ٣٥/٥)، يعارض هذا العموم في الخيل المذكور بالحدث حديث أبي هريرة مرفوعًا، وهو في حديث مانع الزكاة الطويل وفيه: [ولم ينس حق الله في رقابها، ولا ظهورها]، أخرجه البخاري (ح ٢٣٧١)، ومسلم (ح ٩٨٧/٢٤)، وابن ماجه (ح ٢٧٨٨)، فمذهب أبي حنيفة أن حق الله في رقابها هو الزكاة، وذلك في السائمة منها؛ لأنها حيوان مقصود النماء والنسل، فأشبه الإبل، والبقر.

(٢) بنت المخاض: هي التي دخلت في السنة الثانية، وسميت بذلك؛ لأن أمها تكون حاملًا بآخرى، فهي في مرحلة المخاض.

(٣) ابن لبون: هو الذي له ستان ودخل في السنة الثالثة.

(٤) بنت لبون: هي أيضًا التي دخلت السنة الثالثة، وسميت بذلك؛ لأن أمها تكون قد وضعت ولدًا لها فهي ذات لبن غالبًا.

(٥) الحقة: وهي التي لها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة.

(٦) الجذعة: التي لها أربع سنين ودخلت في الخامسة.

(٧) في الأصل «بنت لبون» وهو خطأ والصحيح ما أثبتناه، وهو ثابت بأصول أخرى.

فإذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة. كل ذلك لفظ أبي بكر، رضي الله عنه وأرضاه، كتبه في كتاب الصدقة لأنس^(١) بن مالك وبنت المخاض لها سنة، وبنت اللبون لها ستان، وللحقة ثلاث، وللجذعة أربع.

أما البقر: فلا شيء فيه حتى تبلغ ثلاثين، ففيها تبيع، وهو الذي له سنة، ثم لا شيء حتى تبلغ أربعين ففيها مُسِنَّة^(٢)، ثم لا شيء حتى تبلغ ستين ففيها تبيعان.

ثم استقر الحساب، ففي كل ثلاثين تبيع، وفي كل أربعين مسنة وهي التي لها ستان. وأما الغنم: فقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ كتب كتاب الصدقة، وفيه: وفي الغنم في كل أربعين شاة إلى عشرين ومائة. فإذا زادت واحدة ففيها شاتان إلى مائتين، فإذا زادت واحدة على المائتين ففيها ثلاث شياه إلى ثلاثمائة، فإن كانت الغنم أكثر من ذلك ففي كل مائة شاة^(٣).

والشاة الواجبة في الغنم هي الجذعة من الضأن أو الثنية من المعز، والجذعة هي التي لها سنة واحدة، وقيل: ستة أشهر. والثنية التي لها ستان. ثم يتصدى النظر في زكاة الإبل في ستة مواضع:

النظر الأول: في إخراج الشاة عن خمس من الإبل. وفيه ثلاث مسائل:

الأولى: أن الواجب من حيث السن جذعة من الضأن أو الثنية من المعز، ومن حيث النوع - أعني تعيين الضأن من المعز - فيه وجهان؛ أحدهما: أنه يعتبر غالب غنم البلد، فإن كان الغالب الضأن أخرج الضأن، كما تعتبر زكاة الفطر بغالب القوت على الأصح، بخلاف الشاة الواجبة في أربعين، فإنه يعتبر بالمرحج منه؛ لأنه من جنسه.

(١) أخرجه البخاري (ح ١٤٤٨) وأطرافه أهمها (ح ١٤٥٤)، وأبو داود (ح ١٥٦٧)، والنسائي (١٨/٥: ٢٣)، وابن ماجه (ح ١٨٠٠)، وأحمد (١١/١)، والدارقطني (١١٣/٢، ١١٤)، عن أنس بن مالك، رضي الله عنه.

(٢) مذهب الأحناف أنه يجوز إخراج المسنة والمسن. وقال غيرهم: يلزم في الأربعين مسنة أنثى، فقط إلا إذا كانت كلها ذكورا فإنه يجوز الإخراج منها اتفاقا.

(٣) الحديث أخرجه أبو داود (ح ١٥٦٨)، والترمذي (ح ٦٢١)، كتاب الزكاة. والنسائي (٢٤٤٧، ٢٤٥٥)، وابن ماجه (ح ١٧٩٨)، وابن أبي شعبة (١٢١/٣، ١٢٢)، وأحمد (١٥/٢)، والحاكم (٣٩٢/١، ٣٩٣)، والبيهقي (٨٨/٤)، قال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن. أ. هـ. وله شاهد قوي من حديث يهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده. أخرجه أبو داود (ح ١٥٧٥)، والنسائي (٤١/٥)، والدارمي (٣٩٦/١)، وأحمد (٢/٤، ٤)، والبيهقي (١٠٥/٤)، والحاكم (٣٩٨/١)، وابن الجارود (٣٤١).

والثاني: أنه يخرج ما شاء، فإنه ينطلق عليه اسم الشاة، ولم يجب إلا شاة، كما يجري في الرقة المطلقة في الكفاءة ما ينطلق الاسم عليه، وكذا الشاة المذكورة في المناسك.

وقيل: إنه يعتبر جنس غنم صاحب الإبل، وهو بعيد.

الثانية: لو أخرج جَدْعًا ذَكَرًا أو ثَنِيًّا ذَكَرًا، فيه وجهان:

أحدهما: يجزئ اتباعًا للاسم. والثاني: لا، تنزيلاً للمطلق هاهنا على المفصل في زكاة الغنم، وهي الأنثى. وهذا الخلاف جاء في شاة الجبران.

الثالثة: لو أخرج بعيراً عن العشرين فما دونه يجزئ؛ لأنه يجزئ عن خمس وعشرين فهو بأن يجزئ عن الأقل أولى، ولا بأس وإن كانت قيمته أقل من الشاة.

وقال القفال: لا يؤخذ ناقص القيمة. وهو بعيد؛ لأنه التفات إلى البدل، ولم يوجد هذا بطريق البديلة.

وقيل: إنه لا يجزئ بعير عن عشرة، بل لا بد من حيوانين، إما بعير وشاة، وإما بعيران. وهو - أيضاً - بعيد؛ لما ذكرناه من طريق الأولى.

وترددوا في أن البعير المخرج من الخمس، هل كله فرض أو الفرض خمسة؟.

النظر الثاني: في كيفية العدول عن بنت مخاض عند فقدها إلى ابن لبون، وفيه أربع مسائل:

الأولى: إن لم يكن في ماله بنت مخاض ولا ابن لبون تخير في الشراء؛ لأنه مهما اشترى ابن لبون فقد صار موجوداً دون بنت مخاض، ويلزم أخذه. وقال صاحب «التقريب»: يتعين شراء بنت مخاض لاستوائيهما في الفقد كاستوائيهما في الوجود.

الثانية: لو كان في ماله بنت مخاض معينة فهي كالمعدومة، فيؤخذ منه ابن لبون، وإن كانت كريمة فلا يطالب بها. قال القفال: يلزمه شراء بنت مخاض؛ لأنها موجودة في ماله، وإما نزل نظراً له، فلا يؤخذ ابن لبون. وقال غيره: يؤخذ لأنها كالمعدومة، إذ لا يجب تسليمها.

الثالثة: الحنثى من بنات لبون، تؤخذ بدلاً عن بنت مخاض عند فقده؛ لأنه بين أن يكون ذَكَرًا أو أنثى، وكلاهما مأخوذان. وقيل: إنه لا يؤخذ بدلاً عن بنت مخاض؛ لتشبه الحلقة بهذا النقصان.

الرابعة: لو أخرج حقاً بدلاً عن بنت لبون عند فقدها، أخذ جبراً لقوات الأنوثة بزيادة السن، وقياساً على ابن لبون بالنسبة إلى بنت مخاض. وقال صاحب «التقريب»: يحتمل أنه لا يؤخذ؛ لأنه بدل وليس منصوباً عليه.

النظر الثالث: في الاستقرار؛ فإذا زادت واحدة على مائة وعشرين، ففيها ثلاث بنات لبون، وفي انبساط الواجب على الواحدة وجهان؛ أحدهما: القياس أنه ينسط. والثاني: أنه لا ينسط، حتى يكون في كل أربعين بنت لبون. وعلى هذا بنى أنه لو زاد نصف بعير على مائة وعشرين وجب ثلاث بنات لبون، وهو بعيد.

وأما أبو حنيفة فإنه قال: يستأنف الحساب عند ذلك، فيجب في كل خمس شاة. وقال ابن خيران: يتخير بين مذهب الشافعي ومذهب وأبي حنيفة، رضى الله عنهما.

النظر الرابع: في اجتماع بنات اللبون والحقاق، فإذا ملك مائتين من الإبل فهي أربع خمسينيات، وخمس أربعينيات. فإن لم يوجد في ماله إلا أحد السنين أخذ، وإن فقد فله أن يشتري ما شاء على الصحيح، وإن وجدا جميعاً فالواجب إخراج الأغبط^(١) للمساكين؛ لأنهما متساويان في الوجوب والوجود^(٢)، ولا بد من ترجيح، ففرض المساكين أولى ما يرجح به، بخلاف الشاتين والدراهم في الجبران، فإن لفظ الخبر دلّ على أن الخيرة للمعطي فيه.

وخرج ابن سريج قولاً: أنه يتخير هاهنا كما في الجبران. ونقل العراقيون قولاً: أن الحققة تتعين لأن رغبة الشرع في زيادة السن أكثر منه في زيادة العدد، فإنه لم يزد في

(١) الأغبط: الأحسن. (غُبَطٌ غِبْطَةٌ: حَسُنَتْ حاله. فهو مغبوط. انظر: المعجم الوسيط (٢/٦٤٣).

(٢) قوله: «لأنهما متساويان في الوجوب والوجود»، قلت: أما الوجوب فيعني به أن هذا واجب، أما الوجود فمعناه مقدمة الواجب وهما مقدمتان مقدمة وجوب ومقدمة وجود، أما مقدمة الوجوب فيتوقف عليها وجوب الواجب فتكون مسبباً أو شرطاً أو مانعاً في وجوب الواجب، فلا تجب الزكاة إلا بملك النصاب، وهي لا تكون - أي المقدمة - واجبة على المكلف؛ لأنها ليست في مقدوره. فيكون الواجب هنا مقيد يتوقف وجوبه على مقدمة وجوبه.

أما مقدمة الوجود فهي ما يتوقف عليها وجود الواجب صحيحاً، وهما الوجوب لا يتوقف على مقدمة وجوده من أصله بل يتوقف عليه صحة الواجب، فإن كانت المقدمة في استطاعة المكلف فهي واجبة عليه إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب فإن لم تكن في استطاعته ومقدوره فلا تجب عليه. ومثال ما كان في مقدور المكلف ما ذكره المصنف هنا، والطهارة بالنسبة للصلاة، ومثال ما ليس في مقدور المكلف بلوغ النصاب، وحولان الحول. والله أعلم. انظر كتابنا، المدخل الأصولية، مدخل الحكم الشرعي.

العدد إلا بعد انقطاع الأسنان المعيرة.

التفريع على النص: إذا أخرج غير الأغبط فأخذ الساعى عمداً لم يقع الموقع، وإن أخذه باجتهاده فوجهان.

فإن قلنا: يقع الموقع، ففي وجوب قدر التفاوت وجهان. فإن قلنا: يجب، فإن لم يجد به شقاً أخذنا الدراهم، فإن وجد فهل يجب شراء شقص؟ فوجهان، فإن قلنا: يجب، فيشتري من جنس الأغبط أو من جنس المخرج؛ فوجهان.

فروع ثلاثة:

الأول: لو أخرج حقتين وبنتي لبون ونصف، ولم يجز للتشقيص، فلو ملك أربعمائة فأخرج أربع حقائق وخمس بنات لبون فالأظهر الجواز.

وفيه وجه: أنه لا يجوز التفريق في جنس المخرج.

الثاني: لو جعل الحقائق الأربع أصلاً، ونزل إلى بنات المخاض، وضم ثمانية جبرانات، واتخذ بنات اللبون أصلاً، ورقى إلى الجذاع، وطلب عشر جبرانات لا يجوز؛ لأنه تحطى في الصورتين سناً واجباً هو أصل في نفسه، وتكثير الجبران بغير حاجة لا يجوز.

الثالث: لو كان في ماله حقة وأربع بنات لبون فجعل بنات اللبون أصلاً وأخذ جبراً للحقة جاز، ولو جعل الحقة أصلاً وأخرج معها ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات، فالذهب جوازه. وقيل: يمتنع لأنه يبقى في ماله بنت لبون وهو مستغن عن الجبران فيه.

النظر الخامس: في الجبران؛ وجبران كل مرتبة في السن عند فقد السن الواجب شاتان أو عشرون درهماً منصوص عليه، وإن رقى بسنتين جمع بين جبرائين.

ولا مدخل للجبران في زكاة البقر، وفيه أربع مسائل:

الأولى: أن الخيرة إلى المعطى في تعيين الشاة أو الدراهم، وفي الانخفاض لتسليم الجبران أو الارتفاع لأخذ الجبران، قيل: الخيرة فيه إلى المالك. ومن أصحابنا من نقل نصاً عن الإملاء: أن المتبع الأغبط للمساكين، كما في اجتماع الحقائق وبنات اللبون، وهو بعيد؛ لأنه أثبت ترفيهاً للمالك، كيلا يحتاج إلى الشراء فلا يليق به إلا التحجير.

نعم لو كانت إبله مراضاً فوجب بنت لبون فأخرج بنت مخاض مع جبران قبل، ولو ارتقى إلى حقة وطلب جبراً لم يجز؛ لأنه ربما يزيد قيمة الجبران على المريضة.

الثانية: لو وجب بنت مخاض فنزل إلى فصيل مع جبران لم يجز؛ لأنه ليس ذلك سند. ولو وجبت جذعة فأخرج ثنية وطلب جبرانًا فوجهان؛ أحدهما: له ذلك كسائر الأسنان، والثاني: لا؛ لأن الثنية ليست من أسنان الزكاة.

الثالثة: لو كان عليه بنت لبون، فلم يجز، وفي ماله حقة وجذعة، فرقى إلى الجذعة، وطلب جبرائين، ففى جوازه وجهان؛ وجه المنع: أنه مستغن عن الجبران الثاني بوجود الحقة.

وكذا الخلاف إذا نزل من الحقة إلى بنت المخاض، مع وجود بنت البون، ولو رقى من بنت لبون إلى الجذعة مع وجود بنت مخاض فوجهان مرتبان، وأولى بالجواز؛ لأن القريب الموجود ليس في جهة الترقى.

الرابعة: لا يجوز تفريق الجبران الواحد بإخراج شاة وعشرة دراهم، ولو رقى سنين أو نزل وجمع بين عشرين درهماً وشاتين جاز، كما في كفاة يمينين.

النظر السادس: في صفة المخرج من حيث نقصان والكمال؛ والنقصان خمسة: المرض، والعيب، والذكورة، والصغر، ورداءة النوع كالمعز بالنسبة إلى الضأن، فإن كان كل المال كاملاً في هذه الصفات لم يؤخذ إلا الكامل، وإن كان كل المال ناقصاً فيؤخذ من جنسه إلا في نقصان الذكورة والسن، فإن فيها وجهين؛ أحدهما: يؤخذ قياساً على غيره، والثاني: لا؛ لأن اسم الشاة أو بنت لبون ينطلق على المريضة والمعيبة والرديسة، ولا ينطلق على الذكر والفصيل. وقد وجب بلفظ بنت لبون مثلاً؛ ولأنه يؤدي أخذ الذكر والصغير إلى التسوية بين القليل والكثير، فيؤخذ من إحدى وستين واحدة، ومن خمس وعشرين واحدة، ويؤخذ من ست وثلاثين ابن لبون، ومن خمس وعشرين، وهذا محال.

وفيه وجه ثالث: أنه حيث يؤدي إلى التسوية فلا يأخذ إلا أنثى وكبيرة، وإن جاوز هذا المقدار وأخذ من الصغار صغيرة. أما إذا اختلف المال في هذه الصفات - أما في صفة الذكورة والصغر - فلا يأخذ إلا الأكمل، فإذا كان في المال أنثى وكبيرة، فلا يأخذ إلا الأنثى والكبيرة؛ لأنه قال: في خمس وعشرين بنت مخاض، والغالب أن كل المال لا ينفك عن الصغير والذكر؛ ولما روى أن عمر قال لمصدقته: «اعتد عليهم بالسخلة التي يروح بها الراعى على يديه، ولا تأخذها، ولا تأخذ الأكولة، ولا الرئى، ولا الماخض، ولا فحل الغنم، وعذ الجذعة من الضأن والثنية من المعز، فذلك عدل بين غنء المال

وحباره،^(١).

والأكولة ما اتخذ للأكل، والربى التى تربى ولدها، والماخض الحامل.
وكل ذلك لا يؤخذ نظرًا للمالك، فإن تبرع به قُبِلَ.

وأما صفة المرض: فإذا انقسم المال إلى صحيح ومريض لم يؤخذ إلا الصحيح، نعم يؤخذ صحيح فى أقل الدرجات، حتى بالغ بعض أصحابنا وقال: لو كان الصحيح واحدة والواجب شتان فأخرجها مع مريضة لم يجز؛ لأن المريضة تركى المخرج معها، وهى صحيحة. وهذا سرف، بل يقضى بأنه إذا لم يستبق شيئًا من الصحيح جاز، ثم يكتفى بصحيحة بقرب قيمتها من ربع عشر ماله إذا كان المملوك أربعين من الغنم؛ كيلا يودى إلى الإجحاف به.

أما صفة العيب: فإذا انقسم المال إلى معيب وصحيح، فليخرج باعتبار القيمة ما يكون مساويًا ربع عشر ماله فى صورة الأربعين، وإن كان الكل معيًّا وبعضه أردأ، قال الشافعى، رضى الله عنه: يخرج أجود ما عنده. وقال الأصحاب: يأخذ الوسط بين الدرجتين، وهو الأصح. وأما اختلاف النوع كالمعز والضأن والأرحية والمهرية ففيه قولان؛ أحدهما: الأخذ بالأغلب؛ لأن تمييز ذلك عسير، وإن استويا فهو كاجتماع الحقائق وبنات اللبون، والثانى: أنه يأخذ من كل بقسطه حتى لو ملك عشرة أرحية وعشرة مجيدية وخمسًا مهرية، فإننا نأخذ قيمة خمس بنت مخاض أرحية وخمس مجيدية وخمس مهرية، ويشتري به صنفًا من هذه الأصناف.

فخرج من هذا أنه مهما اختلف المال فى الذكورة والأنوثة والصغيرة والكبيرة لا يأخذ إلا الكبيرة والأنثى، وإن اختلف فى المرض والعيب والسلامة فيأخذ بالنسبة من كل واحد، وإن اختلف فى النوع فقولان، هذا يبان النصاب ولا زكاة على من لم يملك نصابًا إلا إذا تم بالخلطة نصابًا.

* * *

(١) أخرجه مالك (٢٢٣/١)، والشافعى فى الأم (٨/٢: ١٠)، والبيهقى (١٠٠/٤، ١٠١).

وهذا باب صدقة الخلطاء

وفيه خمسة فصول:

الأول: في حكم الخلطة وشرطها

وحكم الخلطة: تنزيل المالكين منزلة ملك واحد في وجوب الزكاة، وقدره وأخذه.

ثم قد يفيد ذلك قليلاً كمن خلط أربعين بأربعين لغيره، فلا يلزمه إلا نصف شاة، وقد يفيد تثقيلاً كمن خلط عشرين بعشرين لغيره، فيلزمه نصف شاة.

وأنكر أبو حنيفة أثر الخلطة، ونفى مالك أثره فيما دون النصاب.

ودليل الخلطة قوله، عليه السلام: ولا يجمع بين مفترق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة؛ وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية، والخليطان ما اجتماعا على الرعي والفحولة والحوض^(١).

ولللخلطة ستة شروط، اتفقوا على اثنين منها:

الأول: أن يكون الخليط أهلاً لوجوب الزكاة، فلا أثر للخلطة مع المكاتب والذمي.

الثاني: اتحاد المسرح والمراح والمرعى والمشرع، فإن التفريق في شيء من ذلك ينافي الخلطة في نفس المال.

الثالث: اشتراك الراعي والفحل والمحلب. وفيه وجهان من حيث إن الاستبداد به ليس تفريقاً في نفس المال، بل في تصرف متعلق بالمال، ثم من شرط الاشتراك في المحلب لم يشترط على الصحيح خلط اللبن، بل يكفي أن تكون المحالب بينهم فوضى.

الرابع: أن الاختلاط في جمع السنة هل يشترط؟ فيه قولان كما سيأتي ذكرها.

الخامس: أن القصد هل يراعى في الخلطة؟ حتى لو اختلطت المواشي بنفسها، أو تفرقت بنفسها من غير قصد المال، فهل يؤثر؟ فيه وجهان كما سيأتي في العلف والإسامة.

السادس: أن يكون ما فيه الخلطة نَعَمًا.

(١) أخرجه البخاري (١٤٥٠، ١٤٥١)، وأبو داود (١٥٧١)، وابن ماجه (١٨٠٥)، والبيهقي

(١٠١/٤، ١٠٥، ١٠٦)، والدارقطني (١٠٥/٢)، وعبد الرزاق (٦٨٠٤)، وإتحاف السادة

المتقين (٢٩/٤)، ولفظ المصنف رواه أبو داود (١٥٨٠)، وابن أبي شيبة (١٢١/٣)

أما الثمار والزروع فهل تقاس الخلطة فيها على المواشى؟ فيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: نعم؛ لأنه مال زكاة يحصل الرفق فيه بالخلطة كالمواشى. والثاني: لا؛ لأن الخلطة فى المواشى قد تزيد فى الزكاة وقد تنقص، وهما لا يفيد إلا مزيداً، فلم يكس فى معناه. والثالث: أنه يثبت خلطة الشيوخ دون خلطة الجوار، إذ لا تتحد المرافق بالتجاور، وغاية الممكن فيه اتحاد الناطور والنهر.

وأما الدراهم والدنانير: فالذهب أن خلطة الجوار لا تؤثر فيها، إذ لا وقع لاتحاد الحانوت والحارس، وفى خلطة الشيوخ قولان.

الفصل الثانى: فى التراجع

فإن كانت الأموال شائعة فلا حاجة إليه، وإن كانت متجاورة مختلطة فالساعى يأخذ من عرض المال ما ينفق، ثم يرجع المأخوذ منه بقيمة حصه خلطه. فلو خلط أربعين من البقر بثلاثين لغيره، فأخذ الساعى كلاهما من صاحب الأربعين، رجع على الآخر بقيمة ثلاثة أسباع تباع ومسته. وإن أخذهما من صاحب ثلاثين رجع على الآخر بأربعة أسباع ما أخذ منه، وإن أخذ المستنة من صاحب الأربعين والتبيع من صاحب الثلاثين رجع باذل المستنة بثلاثة أسباعها على خلطه، باذل التبيع بأربعة أسباعها على خلطه؛ لأن جميع المالكين كمال واحد.

وقال أبو إسحاق المروزى: إذا قدر الساعى على أن يغنيهما عن التراجع بأن يأخذ من كل واحد واجبه لزمه ذلك.

وما ذكره قاذح فى فقه الخلطة؛ لأنه يبطل حكم اتحاد المالكين.

الفصل الثالث

فى اجتماع الخلطة والانفراد فى حَوْل واحد

فإذا ملك أربعين من الغنم غرة المحرم، وملك غيره مثله فى ذلك الوقت، ثم خلطها غرة صفر، فالقول الجديد: أن الواجب فى الحول الأول على كل واحد شاة تغليبا للانفراد، وعلى القديم يجب نصف شاة، نظراً إلى آخر الحول.

فأما إذا ملك الثانى غرة صفر وخلط غرة ربيع الأول فقد زاد تفرق أوائل الحولين، فعلى الجديد: تجب زكاة الانفراد فى السنة الأولى إذا تمت على كل واحد ثم زكاة الخلطة بعدها، وعلى القديم: تجب زكاة الخلطة فى الأولى والثانية على كل واحد نصف شاة، إذا تمت سنته.

وخرج ابن سريج في اختلاف الحولين قولاً ثالثاً، وهو: أن الواجب أبداً زكاة الانفراد، فإن الاتحاد قد تعذر بتفرق الأحوال، وكان هذا شرط سابع في الخلطة، ثم طرد هذا في الواحد إذا اشترى أربعين ثم اشترى أربعين وجب في كل أربعين شاة عند تمام سنته أبداً، ولا يجري فيما إذا اشترى عشرين ثم اشترى عشرين؛ لأن الحول انعقد عليهما في وقت واحد.

فرعان: أحدهما: إذا ملك أحدهما أربعين وملك الآخر بعد شهر أربعين، وكما مَلَكَ خلط، فعلى القديم: على كل واحد عند كمال سنته نصف شاة، وعلى الجديد: على الأول شاة، وعلى الثاني نصف شاة، فإنه كان خليطاً في جميع سنته.

وذكر بعض أصحابنا: أن عليه شاة؛ لأن خليطه لم ينتفع بخلطته، فهو أيضاً لا ينتفع بتسوية بينهما، وهو بعيد.

الثاني: إذا ملك أربعين من الغنم، وملك آخر عشرين بعد شهر وخلطه به، فعلى الجديد: يجب على الأول شاة عند كمال سنته، وعلى الشريك ثلث شاة. وعلى القديم: على الأول ثلثا شاة وعلى الثاني ثلث شاة. وعلى التخريج على الأول شاة، وعلى الثاني لا يجب شيء أصلاً.

الفصل الرابع

في اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد

قلو خلط عشرين لغيره - وهو يملك أربعين ببلدة أخرى - قد اجتمع في حقه الخلطة والانفراد، ففيه قولان؛ أحدهما: أن الخلطة خلطة ملك على معنى أن ارتباط الملك لا يتقاعد على المجاورة، فكانه خلط جميع ملكه بالعشرين. والثاني: أن الخلطة خلطة عين على معنى أن معنى الخلطة لا يتعدى إلى غير المخلوط، فإن قلنا بخلطة العين فعلى صاحب العشرين نصف شاة وعلى القول الآخر عليه ربع شاة، وكأنه خلط بستين، أما صاحب الستين فقد اجتمع في حقه الأمران: الانفراد والخلطة، فعلى وجه تلمرمة شاة تغليبا للانفراد، وكأنه انفرد بالجميع، وعلى وجه ثلاثة أرباع شاة، تغليبا للخلطة، فكانه خالط بالجميع، وعلى وجه خمسة أسداس ونصف سلس جمعاً بين الاعتبارين، فيقدر في الأربعين كأنه منفرد بجميع الستين، فيخص الأربعين ثلثا شاة وتقدر في العشرين كأنه خالط بالجميع، فيخص العشرين ربع شاة، والمجموع ما ذكرناه.

وفيه وجه رابع: أن هذا التقدير في الأربعين صحيح، ولكن في العشرين يأخذ حكمه

من حكم خليطه، فيلزمه نصف شاة مضمومةً إلى ثلثي شاة في الأربعين، فالمجموع شاة وسدس، ولو خلط عشرين بعشرين لغيره انفرد كل واحد بالأربعين، فالأوجه الأربعة جارية في حق كل واحدٍ منهما لتساويهما.

الفصل الخامس: في تعدد الخليط

إذا ملك أربعين فخلط عشرين بعشرين لرجل، وعشرين بعشرين لآخر، وهما لا يملكان غيره، فإن قلنا بخلطة الملك فعلى صاحب الأربعين نصف شاة ضماً إلى مال الخليطين، فإن الكل ثمانون، وأما صاحب العشرين فيلزمه ثلث شاة ضماً لماله إلى مال خليطه فقط، أو ربع شاة ضماً إلى خليط خليطه، حتى يكون المجموع ثمانين، فيه وجهان.

وإن فرعنا على خلطة العين فعلى صاحب العشرين نصف شاة، وفي صاحب الأربعين الوجوه الأربعة، فإن قلنا بتغليب الانفراد فقد انفرد عن كل خليط ببعض ماله فكأنه انفرد بالكل فعليه شاة وهو هاهنا بعيد.

وإن قلنا بتغليب الخلطة فعليه نصف شاة فكأنه خلط أربعين بأربعين. وإن قلنا يجمع بين الاعتبارين فإن أخذنا حكمه من حكم خليطه فعليه في كل عشرين نصف شاة، وإن عرفناه بالنسبة فنقول: لو كان جميع ماله مع هذا لكان الكل ستين، وواجهه ثلثا شاة، وحصه عشرين منه ثلث، وكذا في حق الآخر، فيجتمع ثلثان.

ولو ملك خمسا وعشرين من الإبل فخلط كل خمسة بخمسة لرجل آخر، فمجموع المال خمسون، فإن قلنا بخلطة الملك فعلى مالك الخمس والعشرين نصف حقة؛ لأن في الخمسين حقة، وفي حق كل واحد منهم إن ضمنا ماله إلى خليط خليطه فواجهه عُشر حقة؛ لأن المجموع خمسون، وإن لم نضم إلا إلى خليطه فواجهه سدس بنت مخاض؛ لأن المجموع ثلاثون.

وإن فرعنا على قول خلطة العين فتعود الأوجه الأربعة، فعلى تغليب الانفراد يجب بنت مخاض، وعلى تغليب الخلطة نصف حقة، وعلى أخذ حكمه من حكم خليطه خمس شاة، وعلى النسبة في الاعتبارين خمسة أسداس بنت مخاض، إذ ينسب جميع ماله إلى كل خليط، فيكون ثلثين، وواجهه بنت مخاض، وحصه الخمس سدس بنت مخاض، فيجتمع خمسة أسداس لأجل كل خليط.

فرع: إذا ملك خمسا وستين من الغنم، فخلط خمسة عشر منها بخمسة عشر لرجل لا

يملك غيرها، فإن قلنا بخلطة العين فلا أثر لهذه الخلطة؛ لأن المختلط ليس نصاباً، وإن قلنا بخلطة الملك فوجهان؛ أحدهما: أنه لا عبرة به؛ لأننا نتبع المنفرد المخلوط إذا كان نصاباً.

والثاني: أنا نعتبره وكأن الكل مخلوط، فعلى صاحب الخمس وستين ستة أثمان ونصف ثمن شاة، وباقي الشاة على خليطه.

الشرط الثالث: أن يبقى النصاب حَوْلًا:

فلا زكاة في الغنم حتى يحول عليه الحول، إلا السخال الحاصلة من مال الزكاة في وسط الحول، فإنه تجب الزكاة فيها إذا أُسيمت بحول الأمهات، فإن حصل من غير مال الزكاة وكان نصاباً أفرد بحوله، ولم يضم إلى المال في الحول خلافاً لأبي حنيفة، لكن يضم إليه في العدد كما ذكرناه في الخلطة.

له فروع ثلاثة: الأول: إذا ملك تسعاً وثلاثين شاة فتجب شاة سخلة، استفتح الحول من الوقت؛ لأن الأصل لم يكن نصاباً ولم يتعقد عليه حول، حتى يجري السخال بحوله في حوله، ولو ملك مائة وعشرين فتتحت سخلة وجبت شاتان آخر الحول؛ لأن ما سبق جاز في الحول.

الثاني: إذا حصلت السخال بعد الحول وقبل الإمكان جرت مع الأمهات في الحول الثاني، ولم يجب فيها زكاة في الحول الأول، وإن قلنا: إن الإمكان شرط وجوبه؛ لأن الحول الثاني ناجز، وهو أولى من المنقضى.

الثالث: لو ماتت الأمهات كلها والسخال نصاب لم تنقطع التبعية، وقال أبو حنيفة: تنقطع التبعية، إلا إذا بقي من الكبار واحد ولو من الفحول. وشرط أبو القاسم الأنطاقي بقاء نصاب من الأمهات.

الشرط الرابع: أن لا يزول ملكه في أثناء الحول.

فكل ما تجب الزكاة في عينه كالنعم والنقدين، فإذا أبدله بمثله انقطع الحول، فإذا عاد إلى ملكه ولو بفسخ أو رد بعيب استؤنف الحول، ولم يبن على ما مضى.

وكذلك إذا انقطع ملكه بالردة ثم أسلم، وكذلك إذا مات لا يبنى حول وارثه على حوله.

وفي القديم قولان؛ أحدهما: هل يبنى؟ وطرده ذلك في الانقطاع بالردة إذا عاد إلى الإسلام، ومن قصد بيع ماله في آخر الحول دفعاً للزكاة أثم وسقطت الزكاة.

وقال مالك: لا يصح بيعه.

الشرط الخامس: السُّوم:

ولا زكاة في معلوفة لمفهوم قوله ﷺ: «في سائمة الغنم زكاة»^(١). ثم العلف بما لا يقوم لا يؤثر، ولو علف معظم السنة أثر. وفي الضبط بينهما أربعة أوجه:

أحدهما: أن الزكاة تسقط به، ولو في لحظة؛ لأنها لا تسمى سائمة في جميع السنة. والثاني: أن السائمة في جميع السنة تُسمى سائمة. والثالث: أن المسقط علف في مدة تهلك الدابة فيها لو لم تعلق، حتى لو أسامها نهاراً وعلفها ليلاً وجبت الزكاة. والأفقه: أن المسقط قدر يُعَدُّ مؤونة بالإضافة إلى رفق السائمة.

فرعان: أحدهما: أن القصد هل يعتبر في السُّوم والعلف؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا، اتباعاً للاسم، والثاني: نعم؛ لأن المراد بالسائمة ما أعد للسوم قصداً. فعلى هذا لو أسامته المعلوفة بنفسها، أو اعتلفت سائمة لم يؤثر.

قال الشيخ أبو علي: معنى القصد أنه لو تراكت الثلوج وغطت المراعى فعلفها المالك ترقباً لزوال الثلج لم تسقط الزكاة؛ لأنها تعد سائمة.

الثاني: إذا سام الغاصب معلوفة الغير سنة، فوجوب الزكاة يتنى على مراعاة القصد، ولو علف سائمة الغير سنة فالسقوط أيضاً كذلك. وهاهنا أولى بأن لا يؤثر فعل الغاصب؛ لأنه لا مؤنة على المالك بعلفه، وهو مطلوب السوم، فإن قلنا: تجب الزكاة في معلوفة أسامها الغاصب، ففي رجوعه بالزكاة على الغاصب وجهان؛ أحدهما: ينظر فيه إلى نسبته بالإسامة، وفي الثاني: إلى أن السبب هو المال.

الشرط السادس: كمال الملك:

ومثار الضعف ثلاثة أمور:

الأول: امتناع التصرف، وله مراتب:

الأولى: المبيع قبل القبض، إذا تم عليه الحول قطع صاحب التقريب بوجوب الزكاة؛ لأنه قادر على التصرف بالقبض وتسليم الثمن.

(١) السائمة: هي الراعية من الكلاً المباح في أكثر العام. والحديث رواه ابن عساكر في تهذيب تاريخ دمشق، والألباني في إرواء الغليل (٢٧٧/٣)، بلفظ «في سائمة الغنم إذا كانت» ولفظ الحديث في صحيح البخاري: في كتاب أبي بكر الصديق، رضى الله عنه، وقد سبق تحريجه.

وقال القفال: لا تجب لضعف ملكه وامتناع تصرفه مع إذن البائع.

الثانية: المرهون إذا تم الحول عليه، فيه أيضاً، وجهان؛ لامتناع التصرف.

الثالثة: المغضوب والضال والمجحود الذي لا بينة عليه فيه ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث بين أن يعود إليه بفوائده فتحجب الزكاة، أو لا يعود فلا تجب، ولا خلاف في أن التعجيل قبل رجوع المال ليس واجباً، ولكن إذا عاد إليه فهل يزكيها لما مضى من أحواله؟ فيه الخلاف.

أما مَنْ حبس من ماله وجبت الزكاة عليه لنفوذ تصرفه.

الرابعة: مَنْ له دين على غيره، إن كان مليئاً وجبت الزكاة، وحكى الزعفراني قولاً: أنه لا زكاة في الديون، وإن كان معسراً فهو كالمغضوب، وإن كان مؤجلاً بسنين فمنهم من ألحقه بالمغضوب، ومنهم من ألحقه بالغائب الذي لا يسهل إحضاره. فإن أوجبنا ففي التعجيل وجهان؛ والأصح: أنه لا يجب؛ لأن الخمسة نقداً تساوى ستة نسيئة، ففيه إحCAF.

المثار الثاني: تسلط الغير على ملكه، وله مراتب:

الأولى: الملك في زمان الخيار، هل هو ملك زكاة؟ فيه خلاف لضعفه بتسلط الغير، فإن كان المالك منفرداً بالخيار لم يتجه الخلاف.

الثانية: اللقطة في السنة الثانية، إذا لم يملكها الملتقط، في وجوب زكاتها خلاف مرتب على السنة الأولى، وأولى بأن لا تجب لتسلط الغير على التملك.

الثالثة: إذا استقرض المفلس مائتي درهم، وبقي معه حولاً، ففي زكاته قولان؛ أحدهما: تجب لوجود التملك، والثاني: لا لعنتين؛ إحداهما: ضعف التملك؛ لتسلط مستحق الدين على إلزامه تسليم المال إليه. والثانية^(١): لأدائه إلى تثنية الزكاة، إذ تجب على المستحق باعتبار يساره بهذا المال، وعلى هذه العلة لا يمتنع الوجوب إن كان المستحق مكاتباً أو ذمياً، أو كان المال سائمة، أو كان قدر الدين أقل من النصاب؛ لأنه لا يؤدي إلى التثنية. ولو كان المستقرض غنياً بالعقار لم تمتنع الزكاة بالدين قولاً واحداً.

وذكر الشيخ أبو محمد: أن علة تثنية الزكاة تقتضي الإسقاط، وهو بعيد. وزاد بعض الأصحاب قولاً ثالثاً، وهو أن الدين يمنع الزكاة في الأموال الباطنة دون الظاهرة، وهو بعيد.

(١) في الأصل والثاني: لا، وهو خطأ وأثبت صوابها من نسخة دار السلام.

الرابعة: إذا ملك نصاباً زكائياً، فقال: لله عَلَىَّ أن أتصدق بهذا المال، فانقضى الحول قبل التصديق، ففيه خلاف مرتب على الدين، وأولى بالسقوط لتعلق الحق بعين المال.

ولو قال: جعلت هذا المال صدقة أو جعلت هذه الأغنام ضحايا، فلا يبقى لإيجاب الزكاة وجه متجه. ولو قال: لله عَلَىَّ التصديق بأربعين من الغنم، فهذا دين لله تعالى، فهو مرتب على دين الآدميين، وأولى بأن لا تسقط الزكاة، ولو كان عليه دين الحج كان كدين النذر.

فرع: إذا اجتمعت الديون والزكاة في ماله ومات، ففي القديم ثلاثة أقوال: أحدها: تقدم الزكاة؛ لأن لها تعلقاً بعين المال، وكذلك تسقط بفوات المال. والثاني: يقدم الدين؛ لأن حق الله تعالى، على المسامحة. والثالث: أنهما يستويان.

ومنهم من قطع بتقديم الزكاة لتعلقها بالدين، ورد الأقوال إلى الكفارات مع الديون.

المثار الثالث: عدم استقرار الملك، وله مرتبتان:

الأولى: إذا انقضى على المغنم حَوْلٌ قبل القسمة، ففي الزكاة ثلاثة أوجه؛ أحدها: يجب، للزوم الملك. والثاني: لا؛ لأنه لم يستقر، إذ يسقط بإسقاطه. والثالث: أن محض حبس مال الزكاة وجب، وإن كان في المغنم ما ليس زكائياً فلا، إذ الإمام ربما يرد الزكائى بالقسمة إلى سهم الخمس ولا زكاة فيه.

الثانية: إذا أكرى داراً أربع سنين بمائة دينار نقداً، ففيما يجب في السنة الأولى قولان؛ أحدهما: تجب زكاة المائة كما في الصداق قبل المسيس، إذ لا فرق بين توقع رجوع الأجرة بانهدام الدار وبين توقع رجوع الصداق بالطلاق. والثاني: يجب في السنة الأولى زكاة ربع المائة، وفي الثانية تجب زكاة الخمسين لستين ويحط عنه ما أدى، وفي الثالثة: زكاة خمس وسبعين لثلاث سنين، ويحط عنه ما أدى، وفي الرابعة: زكاة المائة لأربع سنين، ويحط عنه ما أدى؛ لأنه الأجرة هكذا تستقر به، بخلاف الصداق فإن تشطره بطلاق مبتدأ لا يقتضيه العقد، والرجوع هاهنا مقتضى المعاوضة.

الركن الثاني من أركان طرف الوجوب: النظر فيمن يجب عليه:

ولا يعتبر فيه إلا الحرية والإسلام، فيحب في مال الصبي والمجنون، خلافاً لأبى حنيفة. وفيما ينسب إلى الحمل المحقق تردد، وتجب الزكاة على المرتد إن قلنا: يبقى ملكه، مؤاخذاً له بحكم الإسلام.

ولا زكاة على مكاتب ورقيق، فإن قلنا: ملك بالتمليك؛ لأنه ملك ضعيف، ولا يجب على السيد، أيضًا، في مال المكاتب والرقيق لعدم الملك، ومن نصفه عبدٌ ونصفه حرٌّ يجب الزكاة عليه في ما سلم له بنصفه الحر، ويجب عليه كفارة الموسرين.

الطرف الثاني للزكاة: طرف الأداء

وأداء الزكاة ممكن في وقته، وقبل وقته تعجيلًا، وبعده تأخيرًا، فهذه ثلاثة أقسام.

القسم الأول: الأداء في الوقت:

وهو واجب على الفور عندنا، بخلافًا لأبي حنيفة. والنظر فيما يجب على الدافع والقباض.

وعلى الدافع وظيفتان: إحداهما النية: والنظر في أصلها وكيفيتها ووقتها.

أما أصل النية فلا بد منه، كما في سائر العبادات. وقال الشافعي: إن قال بلسانه: هذا زكاة مالي، أجزأه. فمنهم من أجراه على الظاهر، ولم يشترط النية بالقلب.

وأما الصبي والمجنون: فينوى عنهما وليهما، وأما الممتنع فيأخذ السلطان منه قهراً. وهل تبرأ ذمته باطناً؟ فيه خلاف. فإن قلنا تبرأ، ففي وجوب النية على الإمام وجهان؛ أحدهما: لا، تغليبا لسد الخلة، والثاني: نعم؛ لأن أثر الامتناع في أن صار مولياً عليه.

أما الكيفية فلز نوى الزكاة المفروضة كفاه، ولو لم يتعرض للفرضية فوجهان - كما في الصلاة - ولا يلزمه تعيين المال، ولكن لو قال: هذا عن مالي الغائب، ثم كان تالفاً لم ينصرف إلى الحاضر؛ لتعيينه وخطئه.

ولو قال: هذا عن مالي الغائب إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فعن الحاضر أو هو صدقة جاز؛ لأن مقتضى الإطلاق هذا.

وقال صاحب التقريب: يقع عن الغائب إن كان باقياً، فإن كان تالفاً لم يقع عن الحاضر؛ لأنه بناء على فوات الغائب، والأصل عدم الفوات.

أما وقت النية: فهو عند التسليم إلى المسكين أو إلى نائب المساكين. ولو قدم فثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه يجوز؛ لأن الفعل غير مقصود، ولذلك جازت الوكالة فيه. والثاني: لا؛ لأن تنقيص الملك مقصود، فليقترون به. والثالث: أنه إن قدم على التنقيص، ولكن اقترن بفعله عند التسليم إلى الوكيل جاز، ولو سلم إلى الوكيل ووكله بالنية عند التفريق، فهو جائز.

الوظيفة الثانية: طلب القابض.

فإن كانت الأموال باطنة جاز التسليم إلى الإمام أو إلى المسكين، وأيهما أولى؟ فيه وجهان، وإن كانت ظاهرة ففي وجوب تسليمها إلى الإمام قولان، ولا شك أن التسليم أولى للخروج عن الخلاف.

أما القابض - إن كان هو الساعي - فعليه وظيفتان:

إحداهما: أن يعلم في السنة شهراً يأخذ فيه زكاة الجميع تسهلاً عليهم، ثم لا يرد المواشي إلى البلد، بل يردها إلى منهل قريب، ويردها إلى مضيق ليكون أسهل للعد.

الثانية: الدعاء للمالك، قال الله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٣]، أتى رسول الله ﷺ بصدقة آل أبي أوفى، فقال عليه السلام: «اللهم صلّ على آل أبي أوفى»^(١).

والأحب لغيره أن يقول: «أجرك الله فيما أعطيت، وجعله طهوراً، وبارك لك فيما أبقيت»؛ لأن الصلاة على غير رسول الله ﷺ مكروه؛ إذ فيه موافقة الروافض؛ ولأن العصر الأول خصصوا الصلاة والسلام به، كما خصصوا عز وجل بالله، وكما لا يحسن أن يقال: محمد عز وجل، وإن كان عزيزاً جليلاً، لا يحسن أن يقال: أبو بكر صلوات الله عليه، وإن كان الصلاة هو الدعاء.

نعم لرسول الله أن يصلى على غيره فإنه منصبه المخصوص به، ولنا أن نصلى على آله بالتبعية، فيقول: صلى الله عليه وعلى آله.

القسم الثاني: في التعجيل، والنظر فيه في ثلاثة أمور:

الأول: في وقته: ويجوز تعجيل الزكاة قبل تمام الحول، خلافاً لمالك؛ لما روى أن العباس استسلف منه رسول الله ﷺ صدقة عامين^(٢).

ولا يجوز تعجيله قبل كمال النصاب، ولا قبل السوم؛ لأن الحول في حكم أجل ومهلة، فلذلك عجل عليه، ولو ملكه مائة وعشرين شاة واجبه شاة، وهو يرتقب حدوث سخلة في آخر السنة، فعجل شاتين، ففي تعجيل شاتين وجهان مرتبان على الوجهين في تعجيل صدقة عامين.

(١) الحديث أخرجه البخاري (ح ١٤٩٧)، ومسلم (١٠٧٨)، وأبو داود (١٥٩٠)، والسنائي (١٤٣٥٩)، وابن ماجه (١٧٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود (ح ١٦٢٤)، والترمذي (٦٣/٣)، وابن ماجه (ح ١٧٩٥)، وأحمد (١٠٤/١)، والدارمي (٣٨٥/١)، والدارقطني (١٢٣/٢)، والبيهقي (١١٠/٤)، (١١١).

والصحيح بحكم الخبر جوازه، ووجه المنع: أن النصاب كالمعدوم في حق الحول الثاني، ومسألة السخلة بالجواز أولى؛ لأن الحول منعقد في حق الشاة الثانية.

وأما زكاة الفطر: فوقت وجوبها استهلال شوال، ويجوز التعجيل إلى أول رمضان.

وأما الرطب والعنب فالصحيح أنه لا تعجل زكاتها قبل الجفاف، فإن الواجب هو الزبيب والتمر^(١)، والرطب لا يصلح للإخراج.

وقيل: إنه بعد الزهو وبدؤ الصلاح يجوز. وقيل: يجوز بعد بدو الطلع.

وأما الزرع: فوجوب زكاته بالفرك والتنقية، والصحيح: جواز أدائه عند الإدراك، وإن لم يفرك. وقيل: يجوز عند ظهور الحب وإن لم يشتد. وإذا قلنا: بدو الصلاح سبب الوجوب، أردنا به الحجر على المالك في تصرف يدفع حق المساكين، ولم نرد وجوب الإخراج.

والنظر الثاني: في الطوارئ المانعة من إخراج المعجل، وهو ثلاثة:

الأول: ما يطرأ على القابض، وشرطه: أن يبقى على صفة الاستحقاق إلى آخر الحول، فلو ارتد أو مات أو استغنى بمال آخر، بان أن الزكاة لم تقع موقعها، ولو طرأت بعض هذه الحالات وزالت قبل الحول فوجهان، لا يخفى توجيههما.

الثاني: أحوال المالك، وشرطه أن يبقى عيناً بقاء النصاب مسلماً حياً، فلو تلف نصابه أو ارتد، وقلنا: الردة تقطع الملك، أو باع النصاب أو مات، تبين أن لا زكاة.

والصحيح: أنه لا يجزئ عن وارثه فيما سيجب عليه في المستقبل.

الثالث: ما يطرأ على الزكاة المعجلة، فإن تلفت في يد المسكين فقد بلغت الصدقة محلها وإن تلفت في يد الإمام وقد أخذها بسؤال المساكين البالغين أو حاجة الأطفال فلا ضمان على أحد.

وإن أخذ حاجة البالغين لا لسؤالهم ففى تنزيل الحاجة منزلة السؤال وجهان؛ أحدهما: لا، فقد قال الشافعي، رضى الله عنه: المساكين أهل رشد لا يولى عليهم،

(١) الأنواع التي تجب فيها زكاة الفطر ورد فيها حديث أبي سعيد الخدري، رضى الله عنه، قال: [كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من أقط، أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب] أخرجه البخاري (١٥٠٦)، ومسلم (٩٨٥/١٧).

الثاني: نعم؛ لأنه نائبهم شرعاً.

ولو أخذ الإمام بسؤال المالك فتلف في يده يجب على المالك الضمان، كما لو تلف في يد وكيله.

ولو اجتمع سؤال المساكين والمالك فأى الحالتين يرجح؟ فيه وجهان.

النظر الثالث: فى الرجوع عند طريان ما يسقط الزكاة:

فإن قال: هذه زكاتى المعجلة فله الرجوع؛ لأن التعجيل مشعر به. وقيل: شرطه أن يصرح بالرجوع، وعلى هذا لو نازعه المسكين فى الرجوع أو التعجيل فالقول قول مَنْ؟ فيه وجهان؛ أحدهما: قول المالك؛ لأنه المؤدى، والثاني: قول المسكين؛ لأن الأصل زوال الملك.

أما إذا لم يتعرض للتعجيل، ولا علمه المسكين فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه يرجع ويصدق فى قوله (نويت ذلك). والثاني: لا؛ لأنه خلاف الظاهر. والثالث: أن المالك لا يصدق؛ لأن فعله متردد بين الصدقة والزكاة، وفعل الإمام كالتعجيل للفرض.

فروع أربعة: الأول: لو أتلف النصاب بنفسه ففى الرجوع وجهان؛ أحدهما: الرجوع؛ لانتفاء الوجوب، والثاني: لا؛ لأنه يريد نقض الأداء بقصده.

الثاني: إذا أثبتنا الرجوع لانتفاء الرجوع، فإن كان عين ماله تالفاً فعلى القابض الضمان، وذكر صاحب التقریب وجهين فى أن العبرة فى قيمة يوم القبض أو يوم التلف؟ ولو تعيب فى يده ففى وجوب الأرض وجهان؛ أقيسهما: الوجوب، قياساً للجزء على الكل.

والثاني: لا، كما لو رد العوض فى البيع، ووجد بالمعوض عيباً قع به، وإن كان يستحق بدله عند القوات، وفى هذا الاستشهاد أيضاً نظر.

الثالث: الزيادات المنفصلة، هل ترد معه؟ فيه وجهان، ومأخذهما إن أداه متردد بين وجود التملك وعدمه، أو هو تملك لا محالة، ولكنه متردد بين الزكاة والقرض، وهما احتمالان ظاهران.

فإن قلنا: إنه متردد بين التملك وعدمه فقد بان أنه لا تملك، فيرد بزوائده، وإن رددناه بين القرض والزكاة التفت على أن القرض يملك بالقبض أو بالتصرف. وعلى هذين الاحتمالين ينبى نقض تصرفه إن كان قد باع، وجواز إيداله عند الرجوع إن كان عينه قائماً.

الرابع: إذا لم يملك إلا أربعين فعجل واحدة، فاستغنى القابض أو مات، فإن قلنا: خرج الشاة عن ملكه بطريق القرض لم يلزمه تجديد الزكاة؛ لأن الحول انقضى على تسع وثلاثين، بخلاف ما إذا وقع المخرج عن جهة الزكاة؛ لأن المخرج للزكاة كالباقى فى ملكه.

وإن قلنا: يتبين أن الملك لم يزل، التفت على المفصوب والمحجود بعض الالتفات؛ لأن الحيلولة قد حصلت، وإن لم يزل الملك.

القسم الثالث فى طرف الأداء: فى تأخير الزكاة:

وهو سبب الضمان والعصيان عند التمكن؛ حتى لو تلف ماله بعد التمكن لم تسقط الزكاة، وإن تلف كله قبل التمكن سقطت.

ولو ملك خمساً من الإبل فتلفت بعد الحول وقبل التمكن واحدة ففى مقدار الساقط قولان؛ أحدهما: يسقط الكل كما لو تلف قبل الحول؛ لأن الإمكان شرط الوجوب، كما فى الحج. والثانى: يسقط خمس شاة؛ لأن الإمكان شرط الضمان وهو الأصح؛ ولذلك لا يترأخى ابتداء الحول الثانى إلى الإمكان.

ولو ملك تسعاً من الإبل فتلف قبل الإمكان أربعة، إن قلنا: الإمكان شرط الوجوب وجب شاة، كما لو تلف قبل الحول، وإن قلنا: إنه شرط الضمان، فينبى على أن الوجوب هل ينبسط على الوقص؟ وفيه قولان؛ الجديد: أنه لا ينبسط، فعلى هذا لا يسقط شيء بتلف الوقص، وإن قلنا: ينبسط سقط أربعة أتساع شاة.

وقيل: إنه لا يسقط؛ لأن الوقص - وإن كان متعلقاً بالوجوب - فهو وقاية النصاب.

وإن ملك تسعاً فتلف خمس قبل الإمكان فعلى قول: سقط الكل، كما لو تلف قبل الحول. وعلى قول: سقط خمس أتساع شاة، وهو قول البسط. وعلى قول: يسقط خمس شاة.

فإن قيل: وبماذا يفوت الإمكان؟ قلنا: بأمرين:

أحدهما: غيبة المال، فإننا - وإن جَوَّزنا نقل الصدقة - فلا نُوجب إخراج الزكاة من مال آخر ما لم يتيقن بقاء المال، فإن أخرج مع التردد كان كمعجل الزكاة فى الرجوع عند قوات المال.

الثانى: غيبة المستحق وهو المسكين فى المال الباطن، والسلطان فى المال الظاهر على أحد القولين.

وإن حضر مستحق ولكن غاب القريب والجار فقد تم التمكّن، ولكن في جواز التأخير بهذا العذر وجهان؛ لأنه عارض هذه الفضيلة - فضيلة البدار - فإن جوزنا فتلف ماله ففي وجوب الضمان وجهان، ووجه الوجوب: أنه جوز التأخير لخطئة في نيل الفضيلة فتقيد بشرط سلامة العاقبة.

فإن قيل: فإذا سقطت الزكاة بتلف المال دلّ على تعلقها بالعين، فما وجه تعلقها بالعين؟

قلنا: فيه أقوال مضطربة، نُعبر عنها بأن الزكاة تتعلق بالذمة أو بالعين. أما تعلقها بالذمة فلا ينكر؛ لأن المالك مطالب وله الأداء من موضع آخر، بخلاف أرش جنابة العبد فإن السيد لا يطالب به، وتعلقها بالعين لا ينكر؛ إذ يسقط بتلف العين.

ولو باع النصاب قبل إخراج الزكاة فللساعي أن يتعلق بالمشتري ويأخذ الزكاة من النصاب، ولكن في تحقيق هذا التعلق ثلاثة أقوال؛ أحدها: أنه شركة، وكأن المسكين شريك بقدر حقه، وهذا يضعف بجواز الأداء من موضع آخر. الثاني: أن تعلقه بضاهي استيثاق المرتهن. والثالث وهو الأصح: أنه بضاهي تعلق أرش الجنابة حتى يخرج منه بيع النصاب على قولين؛ أصحهما الجواز.

ويتفرع على هذه الأقوال الأربعة النظر في أربعة تصرفات:

الأول: بيع مال الزكاة:

فإن قلنا: لا تتعلق الزكاة بالعين فصحيح، لكن الساعي يأخذ شاة من المشتري إن لم يرد المالك من موضع آخر، فينتقض البيع فيه، وفي الباقي يخرج على قولي تفريق الصفقة، وهل للمشتري الخيار إذا عرف ذلك قبل أخذ الساعي؟ فيه وجهان، أحدهما: لا؛ لأن المالك ربما يؤدي الزكاة. والثاني: نعم؛ لأن ملكه منزلزل في الحال.

فإن أثبتنا الخيار فأدى المالك سقط الخيار، كما لو أدى أولاً ثم باع. وقيل: لا يسقط؛ لأن الخيار مستيقن، والمؤدي ربما يخرج مستحقاً، فيعكر الساعي على المال.

وأما على قول الشركة: فالبيع باطل في قدر الزكاة، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة.

ولو باع بعض النصاب صح على هذا القول؛ لاتساع الباقي لحق المسكين.

وقيل: يبطل في حقه؛ لأن حقه غير منحصر في البعض الباقي.

وإن فرعنا على استيثاق الرهن يبطل في قدر الزكاة. وقيل: يبطل في الكل، وكان

الكل مرهوناً به، وهو بعيد.

وإن فرعنا على استيثاق أرش الجناية، وقلنا: يجوز بيع العبد الحاني، فهو كالتفريع على قول الذمة. وإن قلنا: لا يجوز فهو كتفريع قول الرهن.

الثاني: إذا اشترى نصيباً زكائياً، ثم اطلع على عيب بعد تمام الحول، فإن أدى الزكاة من موضع آخر فله الرد إلا على خيال مَنْ يقول: لعل المخرج يظهر استحقاقه، فيعود الساعي إليه، أو على قول الشركة إذا قلنا: الزائل العائد كالذي لم يعد.

الثالث: إذا ملك أربعين وتكرر الحول ولم يخرج الزكاة: فلا زكاة في الحول الثاني. فإن قلنا: للمسكين شركة في عينه لنقصان النصاب؛ لأن المسكين لا يتعين حتى تجعده خليطاً. وإن قلنا: يتعلق بالذمة، انتهت على أن الدين هل يمنع الوجوب؟.

الرابع: إذا أصدقها أربعين من الغنم، ثم طلقها بعد الحول قبل المسيس، فلها ثلاثة أحوال:

الأولى: إذا كانت قد أدت الزكاة من غير المال ففيما يرجع الزوج به ثلاثة أقوال. أحدها: أنه يرجع في عشرين من الباقي، وتنحصر الزكاة في نصيبها. والثاني: أنه يرجع في نصف الباقي وقيمة نصف المخرج. والثالث: أنه يتميز بين موجب القولين.

الثانية: إذا أدت من مال آخر رجوع الزوج بالنصف على الأقوال إلا على قول الشركة، إذا قلنا: إن الزائل العائد كالذي لم يعد.

الثالثة: إذا طلقت قبل الأداء، فإن قلنا: للمسكين شركة فهو كالمخرج، وإن قلنا: إن تعلق الزكاة تعلق استيثاق، فالظاهر أنه يلزمها فك حق الزوج بأداء الزكاة من موضع آخر، كما لو كانت قد رهنّت. وقيل: لا يجب؛ لأنه بغير اختياره، فيضاهي أرش الجناية.

الخامس: رهن مال الزكاة بعد الوجوب كبيعها، وتفريق الصفقة أولى بالاحتمال فيه. وإن رهن قبل حولان الحول، وقلنا: الدين والرهن لا يمتنعان الزكاة، فهل يخرج من المرهون؟ الصحيح: أنه يخرج؛ لأن تعلقه لا يتقاصر عن أرش الجناية. وقيل: لا يخرج إذا فرعنا على تشبيهه بالرهن؛ لأن المرهون لا يرهن، وهو بعيد؛ لأن هذا التعلق لا اختيار فيه، فإن قلنا: يخرج، فلو أيسر بعد الإخراج، فهل يلزمه جبره للمرتهن بوضع قيمته في موضعه رهناً؟ فيه وجهان.

النوع الثاني من الزكوات: زكاة العشرات والنظر في الموجب والواجب ووقت الوجوب الطرف الأول: في الموجب، والنظر في جنسه وقدره

أما جنسه: فكل مقتات في حالة الاختيار، أنبتته الأرض^(١)، مملوكة أو مستأجرة، خراجية أو غير خراجية، فيجب فيه العشر على الحر المسلم. واحترزنا بحالة الاختيار عن الثفاء والترمس^(٢)، فإن العرب تفتانه في حالة الاضطرار. وألحق مالك بالقوت ما تشدد إليه الحاجة كالقطن.

وطرد أبو حنيفة في كل ما يقصد من ثمار الأرض كالقواكه والبقول وغيرها، ولم يوجب العشر على المستأجر، وأوجب على المكري، وأوجب على المكاتب والذمي، وفي الضبعة الموقوفة على المساجد والرباطات، ولم يجمع بين الخراج والعشر.

وعندنا الخراج أجرة، لا يضرب على مالك الأرض، وإنما يضرب على الكفار في أراض مملوكة للمسلمين أو لبيت المال، فإن أسلموا لم يسقط؛ لأنه أجرة، وما يضرب عليهم في أراضيهم المملوكة يسقط بإسلامهم؛ لأنه جزية.

وأوجب الشافعي، رضى الله عنه، في القديم الزكاة في الزيتون، وذكر في الورس والعسل قولين، وفي الزعفران قولين مرتبين، وأولى بأن لا يجب.

واقصر في الحديد على الأقوات ومنه الأرز واللوبيا والباقلی والحمص والذرة والماش والعنب والرطب دون السمسسم والكتان، الجوز والقواكه^(٣).

(١) وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، والزكاة تسمى نفقة؛ وقال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالرَّيْحَانَ مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١].

قال ابن عباس: حقه الزكاة المفروضة. وقال: العشر، ونصف العشر. (٢) «الثفاءة»: حبة الخردل. جمعه: «ثفاء». وفي الحديث: «ماذا في الأمرين من الثفاء: الصبر والثفاء». المعجم الوسيط (٩٧/١).

«الترمس»: شجرة لها حب مفلطح مَرَّ يوكل بعد تقعه. المعجم الوسيط (٨٤/١).

(٣) اختلف العلماء في الأصناف التي تجب فيها الزكاة، فذهب فريق منهم إلى أنها لا تجب إلا في أربعة أشياء، وقيل في خمسة وهي المنصوص عليها بعينها، فمن أبي موسى، ومعاذ، رضى الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ بعثهما إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم، فأمرهم أن لا يأخذوا -

وفى النصاب مسائل:

الأولى: أنه يعتبر هذا المبلغ زبيياً وتمراً، لا رطباً وعتباً. وفى الحبوب يعتبر منقى عن القشور كما فى الأرز، إلا ما يطحن مع قشره كالذرة فيوسق مع قشرها.

فرع: الرطب الذى لا يتمر يوسق رطباً على الصحيح؛ لأنه منتهى كماله، ثم تسليم عشر الرطب بالقسمة سهل إلا إذا قلنا: المسكين شريك فيه، والقسمة بيع، وهذا الرطب لا يباع بعضه ببعض. وفى كل ذلك خلاف.

الثانية: لا يكمل نصاب جنس الحبوب بجنس آخر، وأما العلس فإنه مضموم إلى الخنطة، فإنه حنطة يوجد بالشام حبتان منه فى كمام واحد. وأما السلت فهو حب يساوى الشعير بصورته، والخنطة بطعمه، ففيه ثلاثة أوجه؛ ينظر فى واحد إلى صورته فيلحق بالشعير، وفى الآخر إلى معناه فيضم إلى الخنطة، وفى الثالث يجعل أصلاً بنفسه، وعليه يبنى جواز بيعه بالخنطة والشعير متفاضلاً.

وذهب مالك إلى أن الحمص والباقلى والعدس - وهى التى تسمى القطنية - يضم بعضها إلى بعض.

الثالثة: لا يكمل ملك رجل بملك غيره إلا إذا كان شريكاً أو جاراً، وقلنا: إن الخلطة تؤثر.

فبو خلف الميت نخيلاً متمرة على جماعة ومبلغها خمسة أوسق وجبت الزكاة عليهم،

«فما سقت السماء والعيون أو كان عشرين أو عشرًا العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر»، أخرجه: البخارى (١٤٨٣)، وأحمد (٣/٣٤١)، وابن خزيمة (٢٣٠٨)، وابن عبد البر فى التمهيد (٩/٢١٢)، والهيثمى فى مجمع الزوائد (٣/٧٢).

فقالوا: تجب الزكاة فى القليل والكثير ولا يعتبر النصاب، وأجابوا عن حديث «الأوساق» بأنه لا ينتهز لتخصيص حديث العموم؛ لأنه مشهور وله حكم المعلوم، وهذا إنما يتم على مذهب الحنفية القائلين بأن دلالة العموم قطعية وأن العمومات القطعية لا تخص بالطيات.

قال الشوكانى: ولكن ذلك لا يجرى فيما نحن بصدد، فإن العام والخاص ظنيان كلاهما، والخاص أرجح دلالة وإسناداً فيقدم على العام تقدم أو تأخر أو قارن على ما هو الحق من أنه يبنى العام على الخاص مطلقاً، وهكذا يجب البناء إذا جهل التاريخ، وقد قيل: إن ذلك إجماع.

والظاهر: أن مقام النزاع من هذا القبيل، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على أن الزكاة لا تجب فيما دون خمسة أوسق مما أخرجت الأرض إلا أن أبا حنيفة قال: تجب فى جميع ما يقصد بزراعته ماء الأرض إلا الحطب والقضب والحشيش والشجر الذى ليس له ثمر. انتهى انظر: نيل الأوطار (٤/١٤١).

فإن اقتسموها قبل بدوّ الصلاح زالت الشركة وبقي الجوار.

وإنما يتصور القسمة إذا جعلناها بيعاً، بأن يبيع كل واحد نصيبه من حشبة نخل معين بحصة صاحبه من ثمرة نخيل آخر، وإلا فتؤدى قسمة الرطب إلى بيع الرطب بالرطب.

الرابعة: إذا ملك تهامية ونجدية وتفاوت في إدراكها فالبعض مصموم إلى البعض، إلا إذا تأخر اطلاع النجدية عن جذاذ التهامية، ووقت الجذاذ هل هو كنفس الجذاذ؟ فيه خلاف.

ولو تأخر اطلاعها من زهو التهامية ففي الضم وجهان، أحدهما: لا، نظراً إلى سبب الوجوب، والثاني: نعم؛ لأن ذلك يعد إدراكاً واحداً، والنخلة التي تحمل في السنة حملين لا تضم أحدهما إلى الآخر فهو كحمل سنتين.

فرع: لو كانت له تهامية تثمر في السنة مرتين، فاطلعت نجدية قبل جذاذ التهامية، وضممنها إليه، فلو جذت التهامية ثم اطلعت مرة أخرى قبل جذاذ النجدية، فلا نضمها إلى النجدية؛ لأنه يؤدي إلى الضم إلى الثمرة الأولى بواسطة النجدية وذلك ممتنع، ولو لم تكن الأولى له لكننا نضم الثانية إلى النجدية لزوال هذا المحذور.

الخامسة: الذرة تحصد وتزرع في السنة مراراً، فاللزروع بعد الحصد هل يضم إلى المحصود؟.

فيه خمسة أقوال، أحدها: لا، كحملى شجرة واحدة. والثاني: نعم، مهما وقع الزرعان والحصادان في سنة واحدة؛ لأن ذلك معتاد، فيعد ارتفاع سنة واحدة. الثالث: أنه يكفي وقوع الزرعين في سنة واحدة؛ لأنه الداخِل تحت الاختيار. الرابع: أنه ينظر إلى اجتماع الحصادين، فإنه هو المقصود. الخامس: إن وقع الزرعان والحصادان، أو زرع الثاني وحصد الأول في سنة واحدة، وقع الاكتفاء، ووجب الضم.

هذا إذا زرع بعد الحصاد، فإن كان قبله ولكن بعد اشتداد الحب فخلاف مرتب، وأولى بالضم.

وإن زرع قبل اشتداد الحب، ولكن أدرك الأول والثاني بعد بَقْل، مهم من قطع بالضم، ومنهم من خرج على الخلاف؛ لأن البَقْل لا يشتمل على جنس مال الزكاة.

فرع: إذا انزعت الذرة الثانية بتناثر حبات الأول بنقر العصافير وهبوب الريح، مهم من قطع بالضم؛ لأنه لم يفرد بالقصد، ومنهم من خرج على الخلاف.

ولو علا بعض طاقات الذرة فبقيت الصغار مخضرة تحتها، ثم أدركت الصغار بعد حصد الأول فالكل زرع واحد، وهو المراد بقول الشافعي، رضى الله عنه: الذرة تزرع مرة، فتخرج فتحصد، ثم يستخلف فتحصد مرة أخرى فهو زرع واحد، وإن تأخر حصد الأخير، ومنهم من نزل النص على تناثر الحبات لهبوب الريح.

الطرف الثاني: في الواجب، والنظر في قدره وجنسه

أما قدره: فهو العُشر فيما سقت السماء، ونصف العشر فيما سُقِيَ بنضح أو دالية؛ للحديث^(١).

وماء القنوات والأنهار كماء السماء، وإن كثرت مؤنّها. والناعور الذى يديرها الماء بنفسه فى معنى الدواليب.

فرع: لو اجتمع السقى بالنهر والنضح فقولان:

أحدهما: أنا نعتبرهما جميعاً، ويعرف المقدار بعدد السقيات على وجه، وبمقدار النفع والنمو على وجه، إذ رُبُّ سقية فى شهر أنفع من سقيات فى شهر.

والقول الثانى: أنا نعتبر الأغلب، فعلى هذا لو استويا فوجهان، أحدهما: الرجوع إلى قول التقسيط، والثانى: إيجاب العشر، ترجيحاً للجانب المساكين.

وإذا أشكل الأمر فهو كالاستواء؛ لتقابل الأمرين، هذا فى المعتاد.

فإن كانت الحاجة إلى النضح نادراً، فهل يعتبر هذا النادر؟ فيه وجهان.

أما جنس الواجب ونوعه: فهو أن يخرج من جنس ما ملك، فإن اختلفت أنواعه فمن كل نوع بقسطه؛ لأن التشقيص غير محذور فيه كالمواشى، فإن خرجت الأنواع عن الضبط فلا يطالب بالأجود، ولا يرضى بالأردأ، ويطلب الوسط من ذلك.

الطرف الثالث: فى وقت الوجوب

وهو فى الثمار وبدوّ الصلاح، وفى الحبوب باشتدادها؛ فيجب بها إخراج التمر والحب إلى المساكين عند الجفاف والتنقية، فلو أخرج فى الحال الرطب كان بدلاً ولم يقع الموقع.

وحكى صاحب «التقريب» قولاً: أن سبب الوجوب الجفاف، إذ يستحيل وجوب

(١) الحديث سبق ذكره وتخريجّه.

التمر مع عدمه، وهذا يلتفت على أن الإمكان شرط الوجوب، وهو بعيد، إذ تسليط الملاك على استهلاك الرطب كله إجحاف بالمساكين، فالأولى الإيجاب، وتأخير الأداء إلى الجحاف.

ولكن يستحب أن يخرص الثمار على المالك، خلافاً لأبي حنيفة، وذلك بأن يجبر الخرص على قدر ما يحصل منه ثمراً^(١).

وهل يكفي بخرص واحد تشبيهاً بالحاكم أو لا بد من اثنين تشبيهاً بالشهادة؟ فيه قولان -يجريان في القسام، وعلى القولين: لا بد من الحرية والعدالة، ثم يدخل في الخرص جميع النخيل.

وقال في القديم: يترك لرب النخيل نخلة أو نخلات يأكل ثمارها هو وأهله.

ويبتنى على الخرص مسائل:

الأولى: إذا تلف المال بجائحة سماوية سقطت الزكاة بكل حال؛ للفتوات قبل الإمكان، وإن فات ياتلاف المالك وأكله فعليه حصة المساكين، ولكن الواجب عُشره رطباً أو تمرّاً؟.

فيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: أنه الرطب، كالأجنبي إذا أُلِف فإنه يغرم الرطب، ويعبر عن هذا القول بأن الخرص عبء مجرد لا يؤثر في تغيير الحكم. والثاني: أنه يضمنها تمرّاً، وكان الخرص تضمين بتحويل الزكاة إلى ذمته. والثالث: إن صرح الخرص بالتضمين ضمنه تمرّاً، وإلا ضمن الرطب.

ثم وقت الخرص: هل يقوم مقام نفس الخرص في التضمين؟ فيه خلاف.

فرعان: أحدهما: لو ادعى جائحة صدّق، إلا إذا كذبه المشاهدة، ولو كان يمكن صدقه، ولكن الغالب أنه لو وقع لظهر.

قال العراقيون: لا بد من بينة على أصل الواقعة، وإن لم يتعرض للتفصيل.

(١) وردت أحاديث في الخرص ليس فيها شيء يصح، وأبو حنيفة لم يميز الخرص؛ لأنه رجم بالغيب. انظر: نيل الأوطار (١٤٣/٤، ١٤٤).

وخرص الشيء: حَزَرَه وَقَدَّرَهُ بِالظَّنِّ، يقال: خرص النخل والكرم: حَزَرَ ما عليه من الرطب تمرّاً، ومن العنب زبيباً. فهو خراص. جمع: خُرَاص وهو خُرَاص للمبالغة. وخرص النهر: سده وخرص الشيء خِرَاصَةً: أصلحه. انظر: المعجم الوسيط (١/٢٢٧).

قال الشيخ أبو محمد: المؤمن إذا ادَّعى ممكناً صدَّق بيمينه، كما في دعوى ردِّ الوديعة.

الثاني: لو ادعى حيف الخارص قصداً لم يقبل، ولو ادعى غلظه بقدر ممكن صدق مع يمينه، وإن ادعى العلط بالنصف أو الثلث، فهذا غير ممكن ولكننا نصدق في المقدار الممكن من هذه الجملة، وحيث يصدق فاليمين فيها مستحبة أو مستحقة؟ فيه خلاف ذكرناه.

الثانية: تصرفات المالك في جميع الثمار يتنى على التضمنين، فإن قلنا: قد تحول إلى ذمته العشر تمراً بعد تصرفه في الكل، وإلا فينفذ تصرفه في التسعة الأعشار، ونفوذ في العشر يتنى على قول الذمة والعين، كما سبق وقد ذكرنا.

ثم إن المنع يشيع في جميع المال على أحد الأقوال، وهما لا خلاف في نفوذ تصرفه في غير قدر الزكاة قبل الجفاف؛ لمسيس الحاجة وشدة أثر الحجر، فأما بعد الجفاف فيتنزل منزلة المواشي.

الثالثة: إذا أصاب النخيل عطش يستضر بالثمار فللمالك قطعها، وإن تضرر بها المساكين؛ لأنهم ينتفعون ببقاء النخيل في السنة الثانية.

ثم قال الشافعي، رضي الله عنه: يأخذ الساعي عشر الرطب أو ثمن عشرها، ولا يلزمه التمر، فإنه في القطع معذور.

واختلفوا في قوله: «أو ثمن عشرها» فقبل معناه: ترديد قول، أي إذا فرعنا على أن المسكين شريك، وأن القسمة بيع امتنع تسليم الرطب بالقسمة، فيرجع إلى الثمن للضرورة. وإن فرعنا على أنه إقرار حق أخذ نفس الرطب.

ومنهم من قال: هذا تخيير؛ لأن البدل إنما يؤخذ للحاجة، فيجوز أيضاً أن يقسم للحاجة، وإن جعلنا القسمة بيعاً.

وهذا القائل قد يجوز قسمة الأوقاف للحاجة، فلما لم يكن بد من احتمال محذور للحاجة، إما البدل وإما بيع الرطب تخير.

ومنهم من قطع بأن كل واحد منهما ممتنع، إذ لا ضرورة بل الطريق أن يسلم النخيل إلى الساعي، فيتعين حق المسكين بالقبض فيه، وتثبت الشركة ثم يبيع الساعي قدر حق المساكين، إذ له أن يبيع مال الزكاة مهما عظمت المؤنة عليه في إمساكها أو نقلها. وقد

احتاج هاهنا إلى البيع لتعذر القسمة، وليس للساعي بيع مال الزكاة لغرض التجارة، فإنه مستغن عنها.

الرابعة: نص في الكبير على أنه لو باع ثمره قبل بُدُوّ الصلاح لا يشترط القطع، فالبيع باطل، فإذا أُلِف المشتري الثمار ثم أفلس البائع وحُجر عليه، واجتمع عليه الزكاة والديون فتؤخذ القيمة من المشتري، ويقدم المساكين بعشر القيمة، ويضاربون بقدر التفاوت بين قيمة الرطب والتمر إذا كان قيمة التمر أكثر.

وهذا تفريع على خمسة أصول: فأخذ القيمة تفريع على أن الرطب من ذوات القيم، وتقديم المساكين بالعشر تفريع على تعلق حقهم بالعين كما في الرهن، وإثبات حق المساكين في التمر تفريع على أن الخرص تضمنين، وأن وقت الخرص، وإثبات المضاربة بالتفاوت تفريع على أن حق الله تعالى يساوى حق آدمي عند الإزدحام على مال واحد.

* * *

النوع الثالث: في زكاة النقدين

والنظر في قدر الموجب وجنسه

أما القدر: فنصاب الورق مائتا درهم، فيه خمسة دراهم. ونصاب الذهب عشرون ديناراً، وفيه نصف دينار. وما زاد فبحسابه يجب فيه ربع العشر ولا وقص فيه، خلافاً لأبي حنيفة.

وفيه مسائل: الأولى: لو نقص حبة من هذا القدر فلا زكاة، وإن كان يروج رواج التام.

وقال مالك: إن كان نقد البلد قُرَاضَةً ومعه مائة وخمسون يروج بمائتين مكسرة وجبت الزكاة.

الثانية: يعتبر النصاب في جميع الأحوال، وقال أبو حنيفة: لا يعتبر في أثناءه.

الثالثة: لا يكمل نصاب أحد النقدين بالآخر خلافاً لأبي حنيفة، ولكن يكمل نصاب جيد النقرة برديتها، ثم يخرج من كل بقدره، ولا يكمل بالنحاس فلا زكاة في الدراهم المغشوشة، إلا إذا كانت النقرة فيها بقدر النصاب، وتصح على الدراهم المغشوشة، وإن لم يكن قدر النقرة معلوماً على أحد الوجهين، كالثغالب والمعنونات.

الرابعة: إذا كان له آنية من الذهب والفضة مختلطاً، وزنه ألف، ووزن أحدهما ستمائة، ولم يدر أن الستمائة ذهب أو فضة، يلزمه التمييز ليعرف القدر، فإن عسر التمييز فالمذهب: أنه يخرج زكاة ستمائة من الذهب وستمائة من الفضة؛ ليخرج مما عليه يقيّن؛ لأنه إذا أخرج زكاة أربعمائة ذهب وأربعمائة فضة، فيعلم اشتغال ذمته بعد ذلك يقيّن، ولا يراً يقيّن إلا بما ذكرناه.

وقال العراقيون: له الأخذ بغالب الظن، إذا كان يؤديه بنفسه، فإن أدى إلى السلطان فلا بد من اليقين.

وقيل: يأخذ بما شاء فيؤدي زكاة ستمائة من الذهب أو من الفضة؛ لأن اشتغال ذمته ليس بمستيقن بما سوى ذلك.

الخامسة: لو ملك مائة نقداً ومائة موحلاً على ملي، وقلنا: لا يجب تعجيل الزكاة في الموحل، فمقدار النقد يجب أدائه على أصح الوجهين؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور. وقيل: لا يجب؛ لأن النصاب في حكم شيء واحد فلا يتبعض واجبه.

النظر الثاني: في جنسه:

ولا زكاة في شيء من اللآلئ والياقوت وسائر نفائس الأموال، وإنما يجب في النقدين تبرأ كان أو مضروباً.

وفي مناطه قولان؛ أحدهما: أنه عينهما كما في الربا، فيجب في الحلي، وهو مذهب أبي حنيفة ومذهب عمر، وابن مسعود، وابن عمر، وعمر بن العاص.

والثاني: أنه منوط بمعنأهما وهو الاستغناء عنهما في عينهما؛ إذ لا يرتبط بذاتهما غرض، فبقاؤهما سنة يدل على الغناء، بخلاف اللآلئ والياقوت والثياب والأواني.

فعلى هذا إذا قصد بصياغته حلياً استعمالاً مباحاً لم تجب الزكاة، كما أن أموال القنية التي يرتبط بأعيانها غرض إذا عزم على ترك استعمالها بإرصادها للتجارة وجبت الزكاة. وهذا مذهب عائشة وابن عمر، والجلديد من قولي الشافعي، رضى الله عنه.

وعلى هذا في القصد مراتب:

الأولى: أن يصوغ ما هو محظور في نفسه كالملأهي والأواني، فلا تسقط الزكاة.

الثانية: أن يصوغ الرجل حلي النساء ليلبسه بنفسه لم تسقط الزكاة؛ لأن الصّارف عن الأصل قصد صحيح ولم يوجد.

الثالثة: أن يقصد أن يكثرها حلياً ولا يستعمل، فالذهب: وجوب الزكاة لأنه لم يصير محتاجاً إليه؛ لأن المكنوز مستغنى عنه كالدرهم والدنانير.

الرابعة: أن لا يقصد سبباً أصلاً، ففيه وجهان؛ ينظر في أحدهما إلى صنعة الحلبي وهيئاته. وفي الثاني إلى عدم قصد الصرف إلى حاجة الاستعمال.

الخامسة: أن يقصد إيجاريتها، فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا يجب؛ لأن الانتفاع نوع حاجة في عينه سواء حصل بنفسه أو بغيره.

فرعان: الأول: حيث شرطنا القصد فطارئها بعد الصياغة كمقارنتها في الإسقاط والإيجاب، وهو كنية القنية إذا طرأت في مال التجارة، فإنه يقطع الحول ويجرد نية التجارة لا يكفي لانعقاد الحول إلا إذا اقترن بالشراء؛ لأن النية دون المنوى لا تؤثر، ونية القنية معناها الإمساك، والإمساك مقرون بها.

الثاني: لو انكسر الحلبي بحيث يتعذر استعماله إلا بإصلاح، ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه ينعقد الحول بتعذر الاستعمال، فأشبهه التبر. والثاني: لا؛ لأنه مرصد للإصلاح والصنعة باقية. والثالث: إن قصد المالك إصلاحه فلا زكاة، وإن قصد أن لا يصلحه جرى في الحول.

وإن لم يشعر به إلا بعد سنة فقصد الإصلاح ففي السنة الماضية وجهان، وعلى هذا الوجه الأصح أنه لا يجب؛ لأن هذا القصد تبين أنه كان مرصداً له.

فإن قيل: ما المحذور في عينه مما يتخذ من الذهب والفضة؟

قلنا: هو ثلاثة أقسام: الأول: ما يختص الرجال به؛ والذهب حرام عليهم مطلقاً، إلا في اتخاذ أنف لمن جدع أنفه، فإنه لا يصدأ، وقد أمر به رسول الله ﷺ. ولا بأس بتمويه الخاتم بذهب لا يتحصل منه، وأما أسنان الخاتم من الذهب حرام. وقال إمامي: لا يبعد أن يشبه بضبة الإناء، وتجنب ديباج على ثوب، وهكذا حكم الطراز المذهب، إذا حصل منه شيء.

أما الفضة فيحل للرجل التختم به وتحلية آلات الحرب من السيف والسنان، والمنطقة.

وفي تزيين السرج واللحم وجهان؛ لأنه يشبه أن يكون من آلات الحرب.

(١) الحديث أخرجه أبو داود (٤٢٣٢)، والترمذي (١٧٧٠)، والنسائي (ح ٥١٦١)،

القسم الثاني: فيما يختص بالنساء وهو حلال لهن - أعنى الذهب والفضة - إلا ما فيه تشبه بالرجال كتحلية آلات الحرب والسرير واللحم.

القسم الثالث: ما لا يختص بالرجال ولا بالنساء، وفيه مسائل:

الأولى: اتخاذ الأواني من الذهب والفضة حرام مطلقاً، وفي المكحلة الصغيرة تردد.

الثانية: سكاكين المهنة إذا حليت بالفضة، فاستعمال الرجال لها فيه تردد، ووجه جوازها تشبيهها بآلات الحرب، وهذا يقتضى أن لا يجوز للنساء.

الثالثة: تحلية المصحف بالفضة فيه وجهان؛ وجه التجويز حملة على الإكرام. وفي الذهب ثلاثة أوجه، فى الثالث يفرق بين الرجال والنساء. فأما غير المصحف من الكتب لم يُجَوِّز تحليتها بفضة ولا ذهب، كما لا يجوز تحلية الدواة والسرير والمقلمة.

وذكر الشيخ أبو محمد فى مختصر المختصر تجويز تحلية الدواة، وهذا يوجب الجواز فى المقلمة وسائر الكتب، وهو منقذ فى المعنى؛ إذ لا يبعد أن يقال: لم يثبت فى الفضة تحريم إلا فى الأواني، فأصله على الإباحة.

الرابعة: تحلية الكعبة والمساجد والمشاهد بقناديل الذهب والفضة ممنوع، هكذا نقله العراقيون عن أبى إسحاق المروزي، ولا يبعد مخالفته حملاً على الإكرام، كما فى المصحف؛ ولأن الأصل فى الفضة الإباحة إلا فى الأواني، وفى الذهب الإباحة إلا على ذكور الأمة، وليس هذا من تحلى الذكور.

* * *

النوع الرابع: زكاة التجارة

وأركانها أربعة:

الأول: المال

وهو كل مال قصد فيه الاتجار عند اكتساب الملك فيه بمعاوضة محضة.

وفيه ثلاثة قيود: الأول: أن مجرد النية فى دوام الملك لا يكفى؛ لأن المنوى لم يقترن به، بخلاف نية القنية، فإنها تقطع التجارة؛ لأن معنى القنية الإمساك، وهو مقرون به.

وقال الكرايسى: يكفى مجرد نية التجارة.

الثانى: قصد التجارة عند حصول الملك بإرث أو أهتَاب أو رجوع بُرْدٍ بعيب، لا

يؤثر. وعند حصوله عوضاً عن البضع فى الخلع والنكاح وجهان؛ لأنه معاوضة ليست بتمحضة.

الثالث: إذا اشترى عبداً على نية التجارة بثوب قنية، فرد عليه بالعيب انقطع حوله؛ لأن الثوب العائد إليه لم يميز فيه النية، ولم يعد بتجارة بخلاف ما إذا تسايح التاجر ان ثم تراد؛ لأن العائد كان مال التجارة قبل العقد، ولو باع ثوب تجارة بعبد انقضى انقطع حول الثوب، فلو رد إليه بالعيب لم يعد الحول ما لم يستأنف سبباً آخر وهو بيعه على نية التجارة.

فرع: إذا اشترى جارية للتجارة فولدت، فهل يدخل الولد فى حول التجارة؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا؛ لأنه لم يحصل بالتجارة. والثانى: نعم؛ لأنه لو نقص قيمة الأم بالولادة تجر به، فإن ذلك لا يعد خسراناً فدل على أنه من فوائد التجارة قبل العقد.

الركن الثانى: النصاب

وهو معتبر، وفى وقت اعتباره أربعة أقوال:

أحدها: أنه يعتبر فى جميع الحول، كسائر الزكوات.

والثانى: لا يعتبر إلا فى آخر الحول؛ لأن اختلاف القيمة بانخفاض الأسعار فى لحظات قريبة لا ينضبط.

والثالث: أنه يعتبر فى أول الحول وآخره؛ لأنهما مضبوطان بخلاف الوسط.

والرابع: أن النقصان بانخفاض الأسعار فى أثناء الحول لا يعتبر، ولكن إن صار محسوساً بالرد إلى الناض فيعتبر؛ لأن هذا منضبط.

فإن قلنا: يعتبر آخر الحول، فلو لم يكن نصيباً ثم صار نصيباً بعد شهر فعلى وجهين؛ أحدهما: لا يجب ما لم يتم الحول الثانى؛ لأن الأول قد بطل. والأصح: أنه يجب؛ لأنه ملكه سنة وشهراً، فيقدر كأن الزائد لم يكن.

فرع: إذا لم يعتبر وسط الحول، فاشترى عرضاً بمائتى درهم، وباعه بعشرين ديناراً، لا تساوى مائتين، والدنانير عرض: إذ التقويم برأس المال.

فلو انقضى عليه سنون ولم يبلغ نصيباً باعتبار الدراهم فقيه وجهان؛ أحدهما: أنه لا تجب الزكاة؛ لأنه عرض فى التجارة. والثانى: أنه يعدل إلى زكاة العين لعسر ركة التجارة.

وعلى هذا فى وقت افتتاح حوله وجهان؛ أحدهما: أنه آخر حول الأول؛ إذ عند تعذر زكاة التجارة. والثانى: أنه من وقت ملكه؛ إذ بان آخر الحول أنه كان لا يصلح لزكاة التجارة.

الركن الثالث: الحول

وهو معتبر بالاتفاق، والنظر فى أمرين:

أحدهما: فى ابتدائه، ولما يشتري به سلعة التجارة، ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون من النقدين نصيباً كاملاً، ابتداء الحول من يوم ملك النصاب من النقد؛ ليعتد الحول التجارة، على حول النقدين؛ لأنهما متشابهان فى قدر الواجب والموجب فيه ومتعلقان بالوجوب، وكذا إن كان النصاب ناقصاً مهما نظرنا إلى آخر الحول. وإن نظرنا إلى أوله فيبدأ الحول حيث بلغت قيمة السلعة نصيباً.

الثانية: أن يكون المشتري به عرضاً، لا من جنس مال الزكاة، فالحول من وقت نية التجارة، لا من وقت ملك العرض.

الثالثة: أن يكون عرضاً من جنس من مال الزكاة، كما لو اشترى بنصاب من الغنم السائمة سلعة للتجارة، فالمذهب: أن الحول من وقت الشراء.

وقال الإصطخري: هو من وقت ملك الماشية، وعليه دلّ نقل المزني، وهو ضعيف؛ إذ لا مناسبة بين الزكّاتين حتى يبنى أحدهما على الآخر.

الأمر الثانى: المستفاد فى أثناء الحول، هل يضم إلى الأصل؟ له أربعة أحوال:

الأولى: أن يكون بارتفاع قيمة مال التجارة، فتحجب الزكاة فيه بحول الأصل، كما فى النتائج مع الأمهات.

الثانية: أن يشتري شيئاً بنية التجارة، لا بمال التجارة فيفرد بحوله، ولا يضم إلى الأصل كالمستفاد من الماشية.

الثالثة: إذا ارتفعت قيمة مال التجارة فيرده إلى الناض، كما إذا كانت سلعته تساوى عشرين ديناراً، فارتفعت قيمتها وباعها بعد مضي ستة أشهر بأربعين ديناراً، ففى العشرين الزائد قولان؛ أحدهما: أنه يضم فى الحول إلى الأصل، كنتاج المواشى وكما إذا ارتفعت القيمة من غير تنضيض. والثانى: وهو اختيار ابن الحداد: أنه تفرد بحوله لأنه مستفاد من كيس المشتري لا من عين السلعة، بخلاف النتائج.

الرابعة: أن يكون مال التجارة حيواناً أو شجراً، فنتج وأثمر، وقننا: إن حكم الزكاة يتعدى إلى الولد، فالأظهر أنه يضم في الحول إلى الأصل، وما يحتمل أن يلتحق بهما بالربح الناض.

الركن الرابع: في ما يجب إخراجه

وهو ربع عُشر قيمة مال التجارة، وبماذا يُقَوَّم؟ بالدرهم أو بالدنانير؟ له ثلاثة أحوال:

الأولى: أين يكون المشتري بأحد النقدين وكان نصاباً كاملاً، فيُقَوَّم به، وإن اشترى بنقدين فيقوم بهما على نسبة التقسيط يوم الشراء، فإن قَوَّماً ولم يبلغ كل واحد منهما نصاباً فلا زكاة، وإن كانت بحيث لو قَوَّم بأحد النقدين لكان نصاباً.

الثانية: أن يكون المشتري به نقداً غير نصاب، والأصح أنه مقوم به، فيه وجه: أنه يقوم بالنقد الغالب.

الثالثة: أن يكون المشتري به عرضاً: قَوَّم بالنقد الغالب، وإن غلب نقدان قَوَّم بما يبلغ به نصاباً.

فإن بلغ كل واحد بهما نصاباً فأربعة أوجه؛ أحدهما: أن المالك يتخير. والثاني: أنه يتبع الأنفع للمساكين. والثالث: أنه يعتبر بأقرب البلدان، إلى حيث يغلب أحد النقدين.

والرابع: أنه يُقَوَّم بالدرهم، فإنه أحرى في المستحقرات، فيكون أرفق للمساكين.

وللشافعي، رضى الله عنه، قولان قديمان؛ أحدهما: أن الواجب ربع العشر من جنس المال، والثاني: أنه يتخير بينه وبين القيمة.

فرع: إذا وجبت الزكاة فيحوز له أن يتخير قبل إخراج الزكاة؛ لأنه ليس يزيل المالية التي هي متعلق الزكاة، فأما إن أراد الإعتاق أو الهبة فيخرج على أن متعلق الزكاة العسين أو الذمة، كما مضى في المواشي.

* * *

واختتام الباب بفصلين

الأول: في اجتماع زكاة التجارة مع سائر الزكوات

ويفرض ذلك في الفطرة والمعشرات والمواشي:

أما الفطرة: فلا تنتفى بزكاة التجارة، بل على التاجر أن يخرج الفطرة عن عبيد

التجارة، وإن تمّ حول التجارة مثلاً عند هلال شوال؛ لأنهما زكاتان يتباعد مأخذهما، فلا تتنافيان، خلافاً لأبي حنيفة.

أما إذا اشترى نصائباً من السائمة على نية التجارة ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن المعتبر زكاة التجارة؛ لأنه أرفق بالمساكين؛ ولأن المال خرج عن كونه قنية بنية التجارة، ولم يخرج عن كونه مال التجارة بالسوم. والثاني: أن المقلب زكاة العين، فإنه متفق عليه، والثالث: أنه إن كان نصائباً بأحدهما دون الآخر، فيكون الغالب ما بلغ به نصائباً، وإن كان بهما جميعاً نصائباً فعلى التردد السابق.

هذا إذا توافق ابتداء الحولين، أما إذا اشترى أربعين معلوفة، ثم أنشأ إسماتها بعد ستة أشهر، فإن قلنا: إن الغالب زكاة التجارة، فلا كلام. وإن قلنا: الغالب زكاة العين، ففي كيفية تغليبها هاهنا وجهان؛ أحدهما: أنه ينقطع حول التجارة بطريان السوم.

والثاني: أنه تجب زكاة التجارة في الحول الأول؛ كيلا يحبط بعضه ويعدل إلى زكاة العين في الحول الثاني.

وأما المعشرات: فإذا اشترى ثماراً بنية التجارة، فبدأ الصلاح في يده قبل البيع، فإن غلبنا زكاة التجارة لم يجب العُشر، وإن غلبنا زكاة العين يخرج العُشر، ثم يستأنف حول التجارة عند الجذاذ؛ إذ به تنقطع علائق زكاة العين، فإن كان المشتري حديقة فإخراج العُشر يسقط زكاة الثمار.

وهل تسقط زكاة الأشجار والأرض؟ فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: نعم؛ لأن العُشر حق الأشجار ومغارسها، فهي كالتابعة للثمرة. والثاني: لا؛ لأن العُشر حق الثمار؛ إذ يجب على من لا يملك الأشجار. الثالث: أن الأشجار تتبع دون الأرض؛ لأن الشجرة لا تتراد إلا للثمرة، فإن قلنا: تتبع الأرض فلا تتبع إلا ما يدخل في المساقاة من الأراضي المتخللة بين الأشجار.

فروع: لو اشترى أرضاً للتجارة وبذراً للقنية وزرع، فواجب الزرع العُشر المحض، وواجب الأرض زكاة التجارة؛ إذ ليس الزرع محل التجارة حتى يستبيع.

الفصل الثاني: في زكاة مال القراض

فإذا سلم رجل ألفاً على أن يكون الربح نصفين، فكان آخر الحول ألفين، فإن قلنا: العامل لا يملك إلا بالقسمة فزكاة الألفين على المالك، ويحتمل على نصيب العامل، وجد

أنه لا يلزمه؛ لأن ملكه فيه ضعيف؛ إذ يتعلق به حق للعامل لازم.

ثم ما نؤديه من الزكاة كالمؤن، حتى يحسب من الربح أو كاسترداد طائفة من المال، فيه وجهان يلتفتان على أن تعلق الزكاة بالعين أغلب أو بالذمة؟ فإنه إن تعلق بالذمة فإخراجه من غير هذا المال يشبه الاسترداد.

وإن قلنا: العامل يملك بالظهور، قال القفال: لا زكاة عليه؛ لأن ملكه يستقر بالقسمة، وقيل: يخرج على قولى المصوب، فإن قلنا: يجب، فالصحيح: أن حوله من وقت الظهور، وقيل: إنه يجب بحول الأصل؛ لأنه ربح، وفي استبداد العامل بإخراجه وجهان؛ لأنه متردد بين المؤونة أو أخذ طائفة من المال.

* * *

النوع الخامس من الزكاة: زكاة المعادن والركاز

وفيه فصلان:

الأول: في المعادن

والزكاة واجبة على كل حرٍّ مسلم نال من المعادن نصيباً من النقدين، وما عدا النقدين فلا زكاة فيه.

وفيه وجه آخر: أنه يجب في كل معدن. وأوجب أبو حنيفة فيما ينطبع تحت المطارق.

والنظر في أمور ثلاثة:

الأول: في قدر الواجب، وفيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: ربع العشر تشبيهاً بزكاة النقدين. والثاني: أنه الخمس تشبيهاً بالركاز. والثالث: أن ما يصادفه قليلاً مع كثرة العمل ربع العشر، وما يصادفه مجموعاً كثيراً بالإضافة إلى العمل، ففيه الخمس.

ومعنى كثرة العمل: أن يكون النيل بالإضافة إليه قليلاً في العادة. فإن عُدَّ زائداً على المعتاد فالمقدار اللاحق بالمعتاد فيه ربع العشر والزائد عليه يخص بالخمس.

الأمر الثاني: النصاب: وهو معتبر إن أوجبنا ربع العشر، وإن أوجبنا الخمس فقولان؛ لتردده بين مشابه الغنائم في قدر الواجب، ومشابه الزكوات في الجنس.

فإن لم نعتبر النصاب فلا حول، وإن اعتبر النصاب ففي الحول قولان، واعتبار الحول مع النصاب لا يُبقى لإضافة الزكاة إلى المعادن وجهاً.

فإن اعتبرنا النصاب مما يتواصل من النبل بضم بعضه إلى البعض، كتلاحق الثمار في سنة واحدة والجامع هاهنا اتصال العمل، فلو أعرض على عزم أن لا يعود فقد انقطع، وإن ترك لإصلاح آلة لم ينقطع، وإن كان لعذر سفر أو مرض فوجهان.

فرع: إذا وجد تسعة عشر ديناراً فأعرض، ثم عاد بعد مدة ووجد ديناراً وكانت التسعة عشر باقية فعليه أن يخرج واجب هذا الدينار؛ لأنه كمل عند النبل مما في ملكه. وأما التسعة عشر فلا شيء فيه؛ لأنه لم يكن نصيباً كاملاً ذلك الوقت، والكمال بعده لا ينفع.

وكذلك إذا كان في ملكه سلعة للتجارة فيكمل به نصاب المعادن ويكمل سلعة التجارة بمال المعادن، إذا وجد مع آخر حول التجارة، وقلنا: المعتبر آخر الحول؛ لأن زكاة النقيدين والتجارة والمعدن متداخلة في المعنى، فينبى بعضها على البعض، وإن كانت قد تختلف في شرط النصاب والحول.

وحكى الشيخ أبو على وجهاً: أن دينار المعدن لا يكمل إلا بما يجب فيه زكاة المعدن معه.

الأمر الثالث: أنه لا يجب إخراج الواجب قبل التنقية، كما في الحبوب، ثم لا يجرئه إخراج التراب المخلوط، فإن مقصوده مجهول.

فرع: للمسلم أن يزعم الذمى من معادن دار الإسلام إذا انتهى إليه، ولكن ما ناله بالمبادرة ملكه كالصيد والحشيش، ولا زكاة عليه إلا إذا قلنا، على وجه بعيد: أن مصرف واجبه الفىء على قول: إيجاب الخمس، فإنه يؤخذ منه الخمس.

* * *

الفصل الثاني: في الركاز^(١)

وقد قال ﷺ: «في الركاز الخمس»^(٢)، وهو واجب في الحال من غير اعتبار حول بخلاف المعدن، فإن فيه قولاً بعيداً.

ولكن للركاز شروط: الأول: أن يكون من جوهرى النقيدين، وفى القديم قول: أنه

(١) الركاز: مشتق من ركز يركز: إذا خفى، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزًا﴾ والمراد به هنا ما كان من دفن الجاهلية.

(٢) الحديث أخرجه البخارى (ح ١٤٩٩)، ومسلم (٣/١٣٣٤، ١٣٣٥)، وأبو داود (٤/١٩٥)،

(١٩٦)، (ح ٤٥٩٣)، والترمذى (٣/٣٤)، والنسائى (٥/٤٤، ٤٥)، وابن ماجه (ح ٢٥٠٩)،

يجب في كل جنس اعتباراً بالمغانم.

الثاني: أن يكون نصاباً؛ تشبيهاً بالزكوات، وفيه قول قديم: أن القليل يُخَمَّس كالغنيمة.

قال الشافعي، رضى الله عنه: لو كنت أنا الواحد لَخَمَّست القليل والكثير، ولو وجدت فخارة لخمستها، وهو إشارة إلى الاحتياط.

فرع: إذا وجد مائة درهم لم يجب الخمس على الجديد، فلو وجد مائة أخرى بعد ذلك والمائة الأولى باقية في ملكه، أو ملك مائة أخرى من مال تجارة أو نقد، وجب الخمس في مائة الركاز، وكمل نصابه بما ليس بركاز كما ذكرنا في المعادن.

وفى طريقة العراق: أنه إن كان في ملكه نصاب كامل في النقدين سوى الركاز وقد تمَّ عليه الحول وجب الخمس في هذه المائة تكميلاً لها بما هو محل الوجوب، وإن وجد قبل حولان الحول فلا يكمل به، وإن وجد عند حولان الحول ولكن كان النصاب ناقصاً فالمنصوص في (الأم) أنه يكمل به الركاز.

وحكونا وجهاً آخر: أنه لا يكمل لنقصان النصاب، وهذه الطريقة جارية في المعادن وإن لم نحكمها ثمَّ.

الثالث: أن يكون عليه ضرب الجاهلية، فلو كان على ضرب الإسلام فهو لقطة.

وقيل: إن الإمام يحفظها كحفظ الأموال الضائعة؛ لأن اللقطة ما هو بصدد الضياع، وطرد هذا في الثوب الذي تلقيه الريح في دار إنسان فإنه ليس معرضاً للضياع. ولو انكشف الركاز بسبل جارف ألحق باللقطة على مساق هذا المعنى.

فأما إذا احتمل أن يكون من ضرب الإسلام والكفر جميعاً كالأواني والحلى فوجهان؛ أحدهما: أنه لقطة، والثاني: أنه ركاز.

الشرط الرابع: أن يوجد في موضع مشترك كموات وشارع، فإن وجد في عمران دار الحرب فهو غنيمة أو فئ، وعلى اختلاف الحال في إيجاف خيل وركاب أو عدمه.

وإن وجده في ملك نفسه نظراً، فإن كان يملك بالإحياء فله الأخذ، ولكن يملك بالإحياء أم بالأخذ؟ فيه وجهان؛ فعلى وجه: لا يملك بالإحياء، فإنه ليس من أجراء الأرض بخلاف المعادن، وإن كان الملك قد انتقل إليه من غيره.

فإن قلنا: يملك بالإحياء، فعليه طلب المحيى وإلا فهو لقطة أو مال ضائع، وإن قلنا: لا يملك بالإحياء، فلا شك في أن المحيى أولى به.

ولا يظل اختصاصه بالبيع فلا يملكه الواحد، وهذا فيه احتمال، فإنه يشبه بما لو عشن طير في داره فأخذه غير صاحب الدار، وفي ملكه خلاف.

فرع: لو تنازع البائع والمشتري والمعير والمستعير، وقال كل واحد: أنا دفنت الركاز، فالقول قول صاحب اليد في الحال، فإن قال المكري بعد رجوع الدار إلى يده: أنا كمت دفنته قبل الإجارة، لم يصدق على أحد الوجهين بيمينه؛ لأنه اعترف بشبوت يد المستأجر عليه وانفرد بدعوى التقدم.

الشرط الخامس: أن يكون الواجد أهلاً للزكاة، فلا خمس على الذمي إذا وجدته، إلا على قول بعيد أن مصرف الخمس الفى، فإذا ذاك يؤخذ خمسه.

* * *

النوع السادس: زكاة الفطر

والنظر فى أربعة أطراف:

الأول: فى وقت الوجوب

وفيه ثلاثة أقوال: الجديد: أنه يجب بأول جزء من ليلة العيد، وهو وقت الغروب آخر يوم من شهر رمضان، فإنه منسوب إلى الفطر وهذا وقته، وعلى هذا لو مات عبده أو ولده قبيل الغروب، أو ورث عبداً أو ولداً له بعد الغروب فلا فطرة عليه بسببه.

الثانى: أنه يجب بأول جزء من طلوع الفجر يوم العيد؛ لأن أثر الفطر يظهر فى الوقت القابل للصوم.

والثالث: أنه لا بد من اعتبار الوقتين^(١)، فعلى هذا لو زال ملكه بعد الغروب وعاد قبل الطلوع قبل الزوال فوجهان.

الطرف الثانى: فى المؤدى عنه

والتحمل جارٍ فى الفطر؛ لقوله: «أدوا صدقة الفطر عمن ثمنون»^(٢).

(١) اتفق العلماء أن زكاة الفطر تجب فى آخر رمضان، واختلفوا كما ذكر المصنف فى تحديد وقت هذا الآخر؛ لما روى عن ابن عمر قال: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان»، أخرجه النسائى (٤٨/٥)، وهو عند البخارى وغيره بدون لفظ «من رمضان».

(٢) الحديث أخرجه الدارقطنى (١٤١/٢)، وقال: «رفعه القاسم وليس بقوى والصواب موقوف»، وأخرجه البيهقى (١٦١/٤)، والنسائى فى تخريج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطنى (رقم ٤٨٦).

فتبعت الفطرة النفقة، وجهات تحمل النفقة ثلاثة:

الجهة الأولى: القرابة، وكل قريب تجب نفقته تجب فطرته، إلا في مسألتين:

إحدهما: ابن بالغ لم يملك إلا قوت يومه فقط لا فطرة عليه لإعساره، ولا على الأب لسقوط نفقته في هذا اليوم.

وإن كان الابن صغيراً قال الصيدلاني: تجب فطرته، فإن حق الصغير أكد، ولذلك تتسلط الأم على الاستقراض لنفقة الصغير دون الكبير.

قال الشيخ أبو محمد: لا فرق في الفطرة ولا في الاستقراض، بل لا تستقرض الأم دون إذن السلطان بحال.

الثانية: فطرة زوجة الأب فيه وجهان، أحدهما: أنه يجب كالنفقة. والثاني: لا؛ لأن وجوب الإعفاف خارج عن القياس، فيقتصر على النفقة التي هي قدر الضرورة.

وهذا ضعيف؛ لأن الشافعي، رضي الله عنه، نص على أن الابن يؤدي فطرة عبد أبيه إذا كان مستغرقاً بخدمة أبيه، فزوجة الأب أولى.

الجهة الثانية: الزوجية، فيجب على الزوج الحر الموفر صدقة الفطر عن زوجته المسلمة موسرة كانت أو معسرة.

فإن كان معسراً وهي موسرة، قال الشافعي: الأولى لها أن تخرج عن نفسها ولا يتبين لي إيجابها عليها، ونص في الأمة تحت الزوج المعسر على أن النفقة تجب على السيد.

فقال الأصحاب قولان بالنقل والتخريج، منشؤها التردد في أن الزوج أصل في الوجوب أو متحمل.

ومنهم من قرر النصين، وقال: مالك اليمين أقوى في الأمة من مالكته الحرة، ولهذا يلزم الحرة التمكين مطلقاً، ولا يجب على السيد تسليم الأمة إلى زوجها إلا ليلاً.

ودكره الحافظ في تلخيص الحبير (١٨٤/٢)، وقال: رواه الدارقطني من حديث علي، وفي إسناده ضعف وإرسال، ورواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه مرسلاً، قال البيهقي: ورواه حاتم بن إسماعيل، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي، قال: «فرض رسول الله ﷺ على كل صغير أو كبير أو عبد ممن ممنون صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من زبيب عن كل إنسان»، وفيه انقطاع، وروى الثوري في جامعه عن عبد الأعلى، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي، قال: «من جرت عليه نفقته نصف صاع سر أو صاع من تمر» وهذا موقوف، وعبد الأعلى ضعيف.

وإن كانت موسرة تحت مكاتب فقولان مرتبان، وأولى بأن يجب عليها؛ لأن المكاتب ليس له أهلية التحمل.

فرعان: الأول: إذا أخرج الزوج زكاتها دون إذنها جاز، فإنه مخاطب - أصيلاً كان أو متحماً - وإن أخرجت هي فطرة نفسها بغير إذنه لم يجز، إلا على قولنا: إن الزوج متحمل وليس بأصيل.

الفرع الثاني: البائنة الحامل تستحق الفطرة كالنفقة، وقيل: إذا قلنا: النفقة للحمل فلا فطرة.

الجهة الثالثة: ملك اليمين، فيجب إخراج الفطرة على كل مملوك مسلم باقٍ تحت التصرف، أما الكافر: فلا فطرة له عليه خلافاً لأبي حنيفة.

وأما العبد المشترك يجب فطرته على الشريكين خلافاً لأبي حنيفة، ومن نصفه حر ونصفه عبد فالأمر بينه وبين السيد على الشركة.

ولو جرت مهابة واستهل هلال شوال في نوبة أحدهما، ففي اختصاص الفطرة به وجهان بناءً على أن الأمور النادرة هل تدخل في المهابة؟ وفيه خلاف.

ولو اعتبرنا مجموع الوقتين فكان وقت الغروب في نوبة أحدهما ووقت الطلوع في نوبة الآخر فلا سبيل إلا الشركة.

وأما نفوذ التصرف احترزنا به عن المكاتب، فلا يجب فطرته^(١) عليه لنقصان حاله، ولا على السيد لسقوط النفقة.

وحكى أبو ثور عن الشافعي، رضى الله عنه، أنه يجب على السيد.

وقال بعض أصحابنا: يجب على المكاتب؛ لأن إسقاط فطرته مع قدرته وقدرة السيد بعيد، وهو أولى بنفسه من السيد كما في النفقة.

أما من لا ينفذ التصرف فيه بإياقه أو كونه مخصوياً أو ضالاً، ففيه طريقتان:

(١) لم يذكر المصنف الفرق بين معنى لفظ «زكاة الفطر»، ولفظ «زكاة الفطرة» مع أنه لم يؤثر أحدهما في الباب وكأنه يريد المعنيين دون أن يصرح بهما.

أما «زكاة الفطر» قال الشوكاني: أضيفت الزكاة إلى الفطر لكونها تجب بالفطر من رمضان، كذا قال في الفتوح، وقال ابن قتيبة: والمراد بصدقة الفطر صدقة النفوس مأخوذة من الفطرة التي هي أصل الحلقة، قال الحافظ: والأول أظهر، ويؤيده قوله في بعض طرق الحديث «زكاة الفطر في رمضان». انتهى. انظر: نيل الأوطار (٤/١٨٠).

أحدهما: كسائر الزكوات، فيخرج على القولين. والثاني: أنه يجب؛ لأنه يتعلق بالملك الضعيف في المستولدة.

وأطلقوا القول بوجوبه في العبد المرهون، وإن احتمل إجراء الخلاف فيه.

فروع ثلاثة: الأول: العبد الموصى به، إذا فرعنا على أنه بعد موت الموصى وقبل القبول ملك الميت فحري الإلهال فلا زكاة.

وذكر الفوراني وجهاً: أنه يجب في مال الميت، وهذا يلتفت على تردد ذكرناه في مال الجنين؛ لأن الجنين مورده الحياة، والميت مصدره الحياة، والاستصحاب كالاستعمال.

الثاني: إذا غاب العبد وانقطع خبره نصاً على وجوب فطرته، ولو أعتقه عن كفارة ظهار نص على أن الوقاع لا يحل له. فقيل: قولان بالنقل والتخريج؛ لتقابل الأصلين، وقيل: إن الشافعي مال إلى الاحتياط في المسألتين.

وهذا فيه نظر إذا كان انقطاع الخبر مع تواصل الرفاق، فإن كان في الطريق عائق فالأصل بقاء العبد.

الثالث: نفقة زوجة العبد في كسبه وليس عليه فطرتها؛ لأنه ليس أهلاً للتمزام زكاة نفسه فلا تحمل عن غيره، والمكاتب إن ألزمناه فطرة نفسه ألزمناه فطرة زوجته.

الطرف الثالث: في صفات المؤدى

والصفات المشروطة ثلاث:

الأولى: الإسلام؛ فلا زكاة على كافر، إلا في عبده المسلم وزوجته المسلمة، حيث يتصور مسلمة تحت كافر في دوام التكاح عند اختلاف الدين، وفيهما قولان:

أحدهما: لا تجب؛ لأن المؤدى أصل وهو كافر. والثاني: تجب؛ لأنه متحمل، وعلى هذا تجزى دون النية لتعذرهما من الكافر.

الصفة الثانية: الحرية، فلا زكاة على رقيق، إلا على المكاتب في رأى بعيد كما ذكرناه. ومنّ نصفه حر وجب عليه نصف صاع وعلى سيده الباقي، ويجب على الصبي والمجنون في مالهما.

الصفة الثالثة: اليسار، وهو معتبر في وقت الوجوب، فلو كان معسراً ثم أيسر ضحوة

العبد مثلاً فلا زكاة، بخلاف الكفارة؛ فإن الأظهر أن العاجز عن جميع الحصال إذا جرى عليه سبب الكفارة استقر في ذمته إلى اليسار؛ لأن اليسار ثم اعتبر للأداء وسبب الوجوب الحياية، وهاهنا اليسار أولى بأن يجعل سبباً للوجوب من الوقت.

وقال صاحب التقريب: الكفارة كالفطرة، ويشهد له حديث الأعرابي^(١).

والمعنى باليسار: أن يفضل عن قوته قوت من يقوته في يومه ذلك صاع واحد، وذلك بعد دس ثوب يليق به، ومسكن يسكن فيه، وعبد يخدمه إن كان مثله ممن يخدم، والعبد والمسكن يباعان في الديون للآدميين، ولكن الحاجة إليه تمنع ابتداء الوجوب؛ لأن الابتداء أضعف، ولذلك يدفع ابتداء الفطرة بالدين كما يدفع بالحاجة إلى نفقة الأقارب في ذلك اليوم، وإن كان لا يدفع سائر الزكوات في ابتدائها بالدين على قول.

فروع أربعة: الأول: لو كان الفاضل صاعاً واحداً وله عبد مستغن عن خدمته صرف الصاع إلى نفسه، وهل يلزمه أن يبيع جزءاً من العبد في فطرة العبد؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنه يؤدي إلى اتحاد المخرج والمخرج عنه. والثاني: أنه يجب، ولا بأس بالاتحاد. والثالث، وهو الأعدل وإن لم يكن محكماً على هذا الوجه: أنه إن استغرق الصاع قيمته فلا يخرج، وإن كان عشرة مثلاً يشتري بتسعة أعشار صاع، فليخرجه عن الباقي بعد بيع العشر؛ لأن من لا يملك إلا تسعة أعشار عبد يلزمه تسعة أعشار صاع، فلا يؤدي إلى الاتحاد المحذور.

الثاني: لو فضل عن قوته نصف صاع فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجب إخراجه؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور، كما إذا وجد بعض السائر للعورة. الثاني: أنه يجب كبيع الرقة في الكفارة.

والأصح الفرق؛ لأن الرقة لها بدل، وأما بعض الصاع فيشبه ما لو وجد بعض ما يستر العورة.

الثالث: إذا فضل صاع واحد ومعه زوجته وأقاربه ففيه ثلاثة أوجه:

الأصح: أنه يخرج عن نفسه؛ لقوله عليه السلام: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»^(٢).

(١) وهو حديث الأعرابي الذي جامع امرأته في نهار رمضان، وسيأتي في موضعه، إن شاء الله.
(٢) الحديث أخرجه: مسلم في صحيحه (كتاب الزكاة رقم ٤١) عن جابر، رضى الله عنه، والنسائي (٧٠/٥)، (البیوع ب ٨٤)، والبيهقي (١٧٨/٤)، (٣٠٩/١٠)، فتح الباري (٤/٢٢)، (٧٢/٥)، وتلخيص الخبير (١٨٤/٢)، ونصب الراية (٤٨٠/٣)، وإتحاف السادة (١/٣٣٦) -

والثاني: أنه يبدأ بزواجه؛ لأنه في حكم دين. والثالث: أنه يتخير بين نفسه وبين غيره.

وعلى هذا لو وُزِعَ وقلنا: إخراج بعض الصاع لا يجب، لم يجز التوزيع، وإن قلنا: يجب ذلك ويقع زكاة فهاهنا وجهان، والفرق أن هاهنا لا ضرورة إلى التجزئة، بخلاف ما إذا لم يجد إلا نصف صاع.

الرابع: لو أخرج فطرة نفسه وفضل صاع وازدحم جمع ممن يقوتهم، يُقدم مَنْ يُقدم بالنفقة، فإن استويا فوجهان: أحدهما التخيير، والآخر التقسيط.

الطرف الرابع: في الواجب

وهو صاع^(١) مما يقتات. والصاع: أربعة أمداد، والمد رطل وثلاث بالبغدادى.

والقوت: كل ما يجب فيه العشر، ولو كان الأقط قوت طائفة ففي إخراج صاع منه قولان؛ مأخذهما التردد في صحة الحديث الوارد فيه^(٢)، فإن صح فاللبن والجبن في معناه دون المخيض والسمن؛ لأن الاقتيات باجتماعهما.

وذكر العراقيون قولين في اللحم من حيث إن اللبن عصارته، وهو بعيد؛ لأنه لا يقوت.

ثم لا يجزى المُسَوَّسُ والمعيب من هذه الأجناس^(٣)، ولا الدقيق فإنه بدل.

وذكر بعض الأصحاب في كونه أصلاً قولين.

وهل يتعين أحد الأجناس؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يتخير بينهما لورود الخبر بلفظ

= ١٦٩/٤)، وكنز العمال (١٦٢١٩، ١٦٢٥٧)، والدر المنثور (٢٥٤/١)، وابن عساكر (٤١١/٢).

(١) مقدار الصاع: وهو أربعة أمداد، والمد: حفنة يكفى الرجل المعتدل الكفين، ويساوى قدحاً أو ثلث قدح أو قدحين.

أما دليله: فما سبق من حديث ابن عمر، وقد سبق تخريجه، وحديث أبى سعيد الخدرى قال: [كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من أقط، أو صاعاً من تمر]، أخرجه البخارى (ح ١٥١٠)، ومسلم (٩٨٥/١٧).

(٢) قوله: «مأخذهما التردد فى صحة الحديث الوارد فيه»، أى الوارد فى الأقط، هذا خطأ من المصنف؛ لأن «الأقط» مذكور فى الحديث سابق الذكر عن أبى سعيد وهو فى الصحيحين كما سبق تخريجه ولا يعرف فيه تردد كما وهم.

(٣) وذلك لقوله ﷺ: [إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً] أخرجه: مسلم (كتاب الزكاة رقم ١٠٥٦)، وأحمد (٣٢٨/٢)، وعبد الرزاق (٨٨٣٩)، والألبانى فى الصحيحة (١٢٨/٣).

التخيير، وهو ضعيف^(١)؛ لأن المراد به التنويع. والثاني: أن المعتبر قوته كما يعتبر في الزكاة ماشيته. والثالث، وهو الأصح: أنه يعتبر الغالب من قوت البلد في وقت وجوب الفطرة لا في جميع السنة.

ثم إذا تعين جنس تفرع عنه ثلاثة فروع:

الأول: أنه لو أخرج جنساً أشرف مما عليه كالبر بدل الشعير يجزئه، ولو أخرج الأرذأ لا يجزئه، والبر أشرف من التمر في غرض الاقتيات فلا ينظر إلى القيمة، والتمر أشرف من الزبيب، وفي الزبيب مع الشعير تردد، ولو وجب الشعير فأخرج نصف صاع من الشعير ونصف صاع من البر لم يجز على أحد الوجهين؛ لما فيه من التنويع.

الثاني: لو كان يلقى البر بحاله فكان يتناول الشعير يُخلأ لزمه البر، ولو كان يلقى به الشعير وكان يتناول البر توسعاً، ففي أخذ الشعير وجهان، أصحهما: أنه يؤخذ نظراً إلى اللائق به.

الثالث: إذا اختلفت قوت السيدين في العبد المشترك، قال ابن سريج: يكلف من قوته أردأ أن يوافق الآخر ليتحد النوع، فإن العبد متحد.

وقال ابن الحداد: لا يبالى بالتنويع لأجل الضرورة.

ولا خلاف في أن الكفارات لا يركب أحادها من الصيام والإطعام إلا كفارة الصيد، فإن الجماعة إذا اشتركوا لزمهم جزء واحد، ولا يلزمهم التوافق في الطعام أو الصيام، نعم لو اتحد القاتل والمقتول ففي جواز التنويع وجهان، ووجه الجواز: أن هذه الكفارة متباعدة بالجناية على أطراف الصيد.

* * *

(١) قوله: «وهو ضعيف» فيه نظر: لأن لفظ «أو» للتخيير بين الشيئين باعتبار أصل الوضع، وقد تأتي للتشكيك، وليست كذلك في الحديث؛ لتعذر حمل ذلك في الابتدائيات والأمر والنهي، فإن ذلك لا يكون إلا عند التباس العلم بالشيء فيحمل على التخيير.

وقد تستعار «أو» لمعاني أخرى غير أصل الوضع ليس في الحديث معنى منها بل هي على التخيير، والله أعلم. انظر: كتابنا للمداخل الأصولية، وكتابنا: معايير التأويل والتأويلين (الفصل الثاني: حرف «أو»)، والإحكام لابن حزم (٥١/١)، وشرح التلويح (١٩٧/١)، والمحرر (١٥٩/١).

كتاب الصيام^(١)

ولا خفاء بكونه من أركان الشرع، والنظر فيه يحصره قسمان:
الأول: في نفس الصوم. والثاني: في موجبات الإفطار ومبيحاته.

القسم الأول: في نفس الصوم

والنظر في سببه وركنه وشرطه وسنته:

القول في السبب^(٢)

قال رسول الله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، وإن غمَّ عليكم فاستكملوا العدة ثلاثين يوماً»^(٣). فرؤية الهلال سبب الوجوب.

(١) قال النووي في شرح مسلم، والحافظ في الفتح: الصيام في اللغة: الإمساك، وفي الشرع: إمساك مخصوص في زمن مخصوص بشروط مخصوصة. انتهى.

وكان فرض صوم شهر رمضان في السنة الثانية من الهجرة. انظر: نيل الأوطار (٤/١٨٦)،
والصحيح (٥/١٩٧٠)، وترتيب القاموس (٢/٨٧١).

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فلقوله تعالى: ﴿كتب عليكم الصيام كما
كتب على الذين من قبلكم﴾ [البقرة: ١٨٣]، وقوله: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾
الآية.

أما السنة: فلقوله ﷺ: «بنى الإسلام على خمس... الحديث. وقوله للأعرابي: [وصيام شهر
رمضان]، قال: هل عليّ غيرها؟ قال: [لا، إلا أن تطوع]، ولقوله: [صوموا لرؤيته، وأفطروا
لرؤيته].

أما الإجماع: فإنه لم ينقل لنا خلاف بين الأمة بأدلة تخصص أو تنسخ أو تصرف الظاهر عن
معناه بتأويلات أخرى، فكان هذا إجماعاً، والله أعلم.

(٢) سبق أن ذكرنا أن السبب في الاصطلاح هو حكم شرعي وضعي، وضعه الشارع ليستلزم
وجوده وجود الحكم، ومعنى منضبط أي لا يتغير بتغير الأشخاص والأزمان والأحوال، وقيل:
هو ما يلزم من وجوده وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم سواء كان مناسباً للحكم أو
غير مناسب له، ومعنى غير مناسب للحكم أي أن العقل لا يدرك بوضوح تبريراً لهذا السبب
الذي أوجد الحكم، ومثاله قوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ فشهود شهر رمضان
يعد سبباً لوجوب الصوم، لكن العقل لا يدرك بوضوح تبريراً للربط بين السبب والمسبب فيه.
وهذا، والله أعلم، ابتلاء من الله ليقاضل به بين عباده في درجات الإيمان بالطاعة والانقياد
والنصيديق. انظر: المداخل الأصولية (مدخل الحكم الشرعي (الوضعي)).

(٣) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البخاري (ح ١٩٠٩)، ومسلم (الصيام ب ٢، رقم ٤، ٥، ١٨ -

والنظر في ثلاثة أمور: الأول: في طريقة معرفته:

وأقصاه بعد العيان شهادة عدلين، سواء كانت السماء مضحية أو لم تكن.

وهل يقبل قول واحد؟ فيه ثلاثة أقوال^(١):

أحدها: أنه لا يُقبل كما في هلال شوال. والثاني: يُقبل إن كان على صفات الشهود؛ لما روى عن ابن عمر أنه قال: «تراءى الناس الهلال، فرأيتُه وحدي، فشهدت عند النبي ﷺ فأمر الناس بالصوم»^(٢).

ولأن فيه احتياطاً لأمر العبادة، بخلاف شوال، وعلى هذا لو شهد واحد واستكملنا ثلاثين فلم يُر هلال شوال ففي الإفطار وجهان، ووجه الجواز: أن أول الشهر إذا ثبت بقوله فالآخر ثبت ضمناً لا قصداً، فكان كالنسب الذي يثبت ضمناً للولادة بقول مجرد النساء.

ولو شهد عدلان وكانت السماء مضحية ليلة الحادى والثلاثين ولم يُر، لم نُجز الإفطار على أحد الوجهين، إذ قول العدلين اجتهاد وهذا يقين فلا يعمل معه.

والثالث: أنه يكفي صفة الرواة فلا يشترط الحرية، وكان هذا من قبيل الإخبار.

فروع: هل يثبت الهلال بالشهادة على الشهادة؟ إن قلنا: إنه من قبيل الإخبار، يثبت. وإن قلنا: شهادة تبنى على أن حق الله هل يثبت بالشهادة على الشهادة، وفيه خلاف.

الأمر الثاني: عموم حكم الهلال:

فإذا رأى في موضع فهل يتعدى حكمه إلى سائر البلاد؟ فيه وجهان:

١٩٠، والترمذى (٦٨٨، ٦٨٤)، والنسائي (١٣٣/٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٥٤)، وأحمد (٢٢٦/١، ٢٥٨، ٤٢٢/٢، ٤٣٨، ٤٥٤، ٤٥٦، ٤٦٩، ٣٢١/٤)، والبيهقى (٢٠٥/٤، ٢٠٦، ٢٤٧، ٢٥٢)، والطبرانى (١٠/٣، ٢٧١/١١، ٢٧٨).

(١) عند الإمام مالك: أنه لا يجوز أن يصام، ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين عدلين. وقال الشافعى في رواية المزني: إنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية، ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين. وقال أبو حنيفة: إذا كانت السماء مغيمة، قبل واحد، وإن كانت مضحية بمصر كبير، لم تقبل إلا شهادة الجم الغفير. وروى عنه شهادة عدلين، وروى عن مالك: أنه لا تقبل شهادة الشاهدين، إلا إذا كانت السماء مغيمة. انظر: بداية المجتهد لابن رشد (١٥٤/٣).

(٢) حديث ابن عمر رواه الدارقطنى (١٥٦/٢)، وقال: تفرد به مروان بن محمد، عن ابن وهب وهو ثقة، وأخرجه الدارمى (٤/٢)، والبيهقى (٢١٢/٤)، قال الشوكانى: أخرجه أيضاً الدارمى، وابن حبان والحاكم وصحاحه، والبيهقى، وصححه ابن حزم، كلهم من طريق أبى بكر بن نافع، عن نافع عنه. انظر: نيل الأوطار (١٨٧/٤).

أحدهما: نعم؛ لأن مناط التعبد أن يصير مرئيًا يبعده عن الشمس ولو في موضع واحد. والثاني: لا؛ بل مناطه أن يصير مرئيًا في قطر المكلفين، وذلك يختلف بالبلاد.

وعلى هذا لا ضبط إلا مسافة القصر، فإن تحكم المنجم قبيح شرعًا.

فرع: لو رأى الهلال ببلدة وسافر إلى بلدة أخرى واستكمل الثلاثين ولم يرَ الناس الهلال، فإن قلنا: الحكم يعم، فله الإفطار وعلى الناس موافقته إن ثبتت عندهم عدالته، وإن قلنا: لكل بقعة حكمها، فعليه موافقة القوم.

ولو أصبح مُعَيِّدًا مفطرًا فحرت به السفينة إلى قطر لم ير به الهلال، قال الشيخ أبو محمد: يلزمه الامتنال تشبهًا إن لم نعمم الحكم، وفيه بُعد لما فيه من تبعض اليوم الواحد.

الأمر الثالث: وقت تأثير الهلال الليل:

فلو رأى هلال شوال نهارًا لم يفطر إلى الغروب، سواء رأى قبل الزوال أو بعده. وقال أبو حنيفة: إن رأى قبل الزوال أفطر.

* * *

القول في ركن الصوم

وهو النية والإمساك:

الركن الأول: النية^(١)

فيجب على الصائم في رمضان أن ينوي لكل يوم نية معينة مثبتة جازمة^(٢)، وفي

(١) جعل المصنف هنا النية ركنًا في الصوم، وهناك في الصلاة جعلها شرطًا مع أنهما واحد، والصحيح أن النية ركن في كليهما.

أما الفرق بين الركن والشرط: يتفق الركن والشرط في أنهما يتوقف على كل واحد منهما وجود الشيء، إلا أن الركن يتوقف عليه وجود الشيء من عدمه، بمعنى أنه إذا لم يوجد الركن لم يوجد الشيء أصلاً؛ لأن الركن جزء من حقيقته كالركوع في الصلاة، فإن لم يوجد الركوع لم توجد الصلاة فهي كعدمها.

أما الشرط: فيتوقف عليه وجود الشيء صحيحًا، بمعنى أنه إذا لم يوجد الشرط وجد الشيء ولكنه غير صحيح؛ وذلك لأن الشرط خارج عن حقيقة الشيء وليس جزءًا منه، بل هو وصف من أوصافه.

أما الركن: فهو أصل من أصول الشيء، فإن اختل ركن من أركان الشيء بطل هذا الشيء، أما إذا اختل شرط من شروط الشيء أدى ذلك إلى فساده، هذا عند الأحاف، أما الجمهور فيرون بطلان الشيء سواء اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه. انظر: كتابنا المدخل الأصولية (مدخل الحكم الشرعي، الوضعي).

(٢) استدل أصحاب هذا القول بما روى من طريق عبد الله بن عمر، عن حفصة أن النبي ﷺ قال: -

الرابطلة قيود فليتأمل.

أما قولنا: (ينوى)، خالفنا فيه زُفر^(١). وقولنا: (لكل يوم)، خالفنا فيه مالك، إذ اكتفى في رمضان بنية واحدة.

وأما قولنا: (معينة)، خالفنا فيه أبو حنيفة^(٢)، إذ قال: لو نوى قضاءً أو نذرًا أو تطوعاً انعقد عن رمضان.

وعندنا يلزمه أن يقول بقلبه: أودى غداً فرض صوم رمضان، فالتعرض للأداء لا بد منه، وفي الفرضية خلاف، ومنهم من زاد أن يقول: رمضان هذه السنة، وهو فاسد، فإن في الأداء غنية عنه، والمراد من النية: قصد القلب إلى الصوم الموصوف بهذه الصفات بعد كونه حاضراً في الذهن، وأما اللفظ فلا أثر له.

وأما قولنا: (مبيته)، خالفنا فيه أيضاً أبو حنيفة.

ويعنى به أنه ينوى ليلاً ولا يتعين له النصف الأخير على المذهب، ولا يطل بالأكل بعده، ولا يجب تجديد النية إن تنبه من النوم على المذهب، ولو بصورة القدرة على أن تقترن النية بأول جزء من اليوم، وفي صحته وجهان لورود لفظ التبييت.

أما التطوع: فيصح بنية قبل الزوال للخير^(٣)، وفيما بعد الزوال قولان:

[من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له]، أخرجه: النسائي (١٩٦/٤)، والدارمي (٧/٢)، والبيهقي (٢٠٢/٤، ٢١٣، ٣٠٢)، ونصب الراية (٤٣٤/٢)، والدارقطني (١٧٢/٢).

وفي لفظ: [من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له] أخرجه: أبو داود (٢٤٥٤)، والترمذي (٧٣٠)، والبيهقي (٢٠٢/٤، ٢٢١)، والبخاري في شرح السنة (٢٦٨/٦)، والزيدي في إتحاف السادة المتقين (٣٠٢/٤)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٨/٢)، وفتح الباري (١٤٢/٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (١٩٨٧).

(١) قال ابن رشد: وشذ زفر فقال: لا يحتاج رمضان إلى نية إلا أن يكون الذي يدركه صيام شهر رمضان مريضاً أو مسافراً فيريد الصوم. انظر: بداية المجتهد (١٧٥/٣).

(٢) الإمام مالك يقول بالتعيين، ولكن تعيين نوع الصوم، فلكل صوم نية، فـرمضان يكفيه كله نية معينة له ولا يكفيه اعتقاد الصوم.

والإمام أبو حنيفة قال: إن اعتقد مطلق الصوم أجزاءه، وعلى ذلك يكون ما ذكره المصنف عنه.

(٣) وهو ما روى عن عائشة، رضي الله عنها، قالت: قال لي رسول الله ﷺ ذات يوم: [يا عائشة، هل عندكم شيء؟] قالت: قلت: يا رسول الله، ما عندنا شيء. قال: فإني صائم]، أخرجه: مسلم (ح ١١٥٤/١٧٠)، وأبو داود (ح ٢٤٥٥)، والترمذي (ح ٧٣٣)، والنسائي (١٩٤/٤)، والدارقطني (١٧٦/٢، ١٧٧)، والبيهقي (٢٧٤/٤، ٢٧٥)، والشافعي في مسنده =

أحدهما: نعم، ترغيباً في تكثير النوافل.

والثاني: لا؛ لأنه ورد الخبر فيما قبل الزوال والمعظم باق، فلا يكون ما بعده في معناه ولا مرد للتصنيف إلى الزوال، وإن كان ما قبل الزوال أكثر، ثم قيل: إن العبادة تحصل من وقت النية، ولكن الإمساك فيما قبله شرط.

ولو تقدم الكفر والحيض ثم زالا ففى صحة الصوم خلاف؛ لأن ذلك لا يبطل مقصود الصوم من الخواء؛ لأن مقصوده الخوى والطوى.

فرع: لا يبطل الصوم بمجرد نية الخروج على أحد الوجهين، إذ ليس له عقد وحل^١ يرتبط بالقصد، فلو كان صائماً قضاءً فنوى أن يقلبه نذراً، وقلنا: إن نية الخروج تؤثر بطل القضاء ولم يحصل النذر، وهل يبقى تطوعاً؟ فيه وجهان.

أما قولنا: (جازمة) أردنا به أن النية المرددة باطلة إلا إذا كان لها مستند، والمردد أن يقول ليلة الشك: أصوم غداً إن كان من رمضان، وكان من رمضان لم يعتد بصومه، ولو كان له مستند وهو مع ذلك شك جاز، والمستندات ثلاثة:

الأول: علامة صحيحة شرعاً، كقول شاهدين عدلين أو شاهد واحد إن حكمنا به، أو معرفة تسيير الأهلة.

وأما قول الصبية والعبد وإن أبان ظناً فهو كالمعدوم شرعاً.

وإن كان الغيم مطبقاً واقتضى الحساب الرؤية، ففى وجوبه على من عرف الحساب وجهان.

الثاني: الاستصحاب، وهو أن ينوى كذلك ليلة الثلاثين من رمضان صح؛ لأن الأصل بقاء الشهر، واستصحاب الأصول من القواعد.

الثالث: الاجتهاد فى حق المحيوس فى مطبورة بإجراء الفكر فى التواريخ المعلومة، فإذا غلب على ظنه نوى ولم يضره التردد.

ثم إن وقع فى شوال وما بعده لم يلزمه القضاء بل أجزاء ما جاء به، ولكن كان أداء له، وكان الشهر يُدَلّ فى حقه للضرورة، أو هو قضاء، فيه قولان.

وفائدة كونه أداء: أن ذلك الشهر لو خرج تسعاً وعشرين وكان رمضان ثلاثين، فيكفيه ذلك.

وإن وقع في شعبان فما قبله، فإن قلنا: إن المؤخر أداء، فهذا يجزئه.

وإن قلنا: قضاء، فلا يعقل القضاء قبل الوقت، وهذا إذا لم يدرك رمضان فإن أدرك وانكشف الحال لزمه ما أدرك من رمضان بكل حال.

* * *

الركن الثاني: الإمساك عن المفطرات

والمفطرات ثلاثة: دخول داخل، وخروج خارج، وجماع.

أما الجماع: فحذره معلوم. وأما الخارج: فلا استمناة قصداً، والاستقاء قصداً.

وقيل: إن الاستقاء من قبيل دخول داخل؛ لأنه لا يخلو من رجوع شيء إلى الباطن، وقد قال ﷺ: «مَنْ قَاءَ أَفْطَرَهُ، أَيْ: استقاء، وَمَنْ ذَرَعَهُ الْقَيْءَ لَمْ يُفْطَرْ»^(١).

وأما دخول الداخل: فالضبط فيه أن كل عين وصل من الظاهر إلى الباطن في منفذ مفتوح عن قصد مع ذكر الصوم فهو مفطر، وفي الرابطة قيود.

أما قولنا: (كل عين) جمعنا به ما يعتاد أكله وما لا يعتاد أكله كالخضرة والبرد، وخالف في ذلك بعض العلماء.

وقولنا: (وصل) جمعنا به ما ينفصل عن الظاهر وما يبقى طرفه بادياً، كما لو وجأ بالسكين البطن، وإرسال خيط في الخلق مع الاستمساك بطرفه.

وقال أبو حنيفة: لا يحصل الإفطار به.

(١) قوله: «مَنْ قَاءَ أَفْطَرَهُ لَمْ أَحْدِهِ فِي كِتَابِ الْحَدِيثِ، أَمَّا الثَّانِي فَاصِلُهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: [مَنْ ذَرَعَهُ الْقَيْءَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ، وَمَنْ اسْتَقَاءَ عَمْدًا فَلْيَقْضُ]. رواه أحمد (٤٩٨/٢)، والبيهقي (٢١٩/٤)، والحاكم (٤٢٧/١)، والبخاري في شرح السنة (٢٩٣/٦)، والمتقى في كنز العمال (٢٣٨١٠)، والزبيدي في إتحاف السادة (٢١٣/٤)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٩/٢)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٢٠٠٧)، قال الشوكاني: قال النسائي: وقفه عطاء على أبي هريرة، وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من حديث هشام، عن محمد، عن أبي هريرة، تفرد به عيسى بن يونس.

وقال البخاري: لا أراه محفوظاً، وقد روى من غير وجه ولا يصح إسناده. انتهى. (نيل الأوطار ٢٠٤/٤).

قلت: والحديث له ألفاظ أخرى مثل ما أورده الألباني في السلسلة الصحيحة (٩٢٣) بلفظ: [مَنْ ذَرَعَهُ الْقَيْءَ فَلَا يَقْضُ].

وأما (الباطن): عَنَيْنَا به كسل موضع مجوف فيه قوة محيلة للدواء والغذاء كداخل القحف والخريطة، وداخل البطن والأمعاء والمثانة.

والسَّعُوطُ^(١) والحقنة مفطران، والاكتحال لا يفطر، وفيما يصل إلى الإحليل وجهان، والصحيح: أن تقطير الدهن في الأذن لا يضر، والاحتحام^(٢) والفصد والوجء بالسكين في الفخذ لا يفطر إذ لم يصل إلى الجوف.

أما قولنا: (في منفذ مفتوح) احترزنا به عما يصل إلى الدماغ أو البطن إذا طلى بالدهن، فإن ذلك يشرب بالمسام فلا يفطر، إلا أن يكون جراحة شاقة، فإذا نزل عين الدواء إلى الجوف أفطر.

أما قولنا: (عن قصد) المعنى به: أن مَنْ طارت ذبابة إلى جوفه، أو وَجِئَ بالسكين دون رضاء، أو ضبطت المرأة وجُمِعت، أو وصل غبار الطريق وغربله الدقيق إلى باطنه، أو أوجر وهو مكروه أو نائم أو مغشى عليه، فلا يفطر إلا أن يقصد معالجة المغشى عليه في إيجاره، ففيه وجهان من حيث إنه روعي مصلحة، فنزل منزلة تعاطيه، ويخرج عن رعاية القصد.

النظر في الريق، وماء المضضعة، والنخامة، وبقية الطعام في خلال الأسنان، وسبق المنى والقيء:

(١) [السَّعُوطُ]: الدواء يُدخل في الأنف، وما يُدخل من دقيق التبغ في الأنف، وهو (النشوق)، انظر: المعجم الوسيط (٤٣١/١).

(٢) روى في الحاشية حديثان متعارضان: الأول اختلف في صحته، والثاني صحيح، أما الأول: من طريق ثوبان، ومن طريق رافع بن خديج، بلفظ: [أفطر الحاحم والمحجوم]، أخرجه: أبو داود (٢٣٦٧: ٢٣٧١)، والترمذي (٧٧٤)، وابن ماجه (١٦٧٩: ١٦٨١)، وأحمد (٣٦٤/٢)، (٣٦٥)، والبيهقي (٢٦٥/٤، ٢٦٦، ٢٦٨)، والدارمي (١٤/٢، ١٥)، والطبراني (٧/٢، ٨٦، ٩٠، ١٣٨/١١)، والذهبي في ميزان الاعتدال (٢٩٩، ٩٠٠، ٣٥١٨، ٤٨٥٥، ٧٠٢٠، ٨٦٢٩، ١٠٠٠٧)، وابن حجر في لسان الميزان (٣٤٤/٣)، والألباني في إرواء الغليل (٦٥/٤)، وابن حبان في المحروحين (١٤٧/١، ١٧/٢)، والعجلوني في كشف الخفا (١٦١/١، ١٧٦، ٧٧٨)، وابن أبي حاتم في علل الحديث (٦٨٢، ٦٥٧، ٦٩٣، ٧٢٩، ٧٣١، ٧٣٢: ٧٣٨)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٥٢/٢) وغيرهم.

أما الحديث الثاني المعارض للأول: حديث عكرمة عن ابن عباس [أن رسول الله ﷺ احتحم وهو صائم] أخرجه: البخاري (ح ١٩٣٨)، (١٩٣٩)، وأبو داود (ح ٢٣٧٢، ٢٣٧٣)، والترمذي (٧٧٢)، والبيهقي (٢٦٧/٤)، وله طرق أخرى أصحها ما ذكرناه.

أما الريق: فهو معفو عنه، إلا إذا أخرج من الفم وأعاد إليه، ولو جمع قصداً ثم ابتلعه فوجهان.

قال الشافعي: «وأكره العلك فإنه يحلب الفم»، فأشار إلى جمع الريق.

والخياط إذا بلل الخيط ثم رده إلى فيه، قال الأصحاب: أفطر. وقال الشيخ أبو محمد: لا أثر لذلك، فإنه ينقص عما يبقى في الفم بعد المضمضة.

ولو أخرج لسانه من فيه وعلى طرفه ريق ثم أعاد فلا بأس قطعاً، ولو خرج من اللثة دم فابتلع، أو ابتلع سناً يسقط أفطر.

أما النخامة: فإنها تبرز من ثقب نافذة من الدماغ إلى أقصى الفم، فإن جرى إلى الباطن بغير اختياره لم يفطر، وإن رده إلى فضاء الفم ثم ازدرده قصداً أفطر.

وإن قدر على قطعه من مجراه ودفعه عن الجريان وتركه حتى جرى بنفسه ففيه وجهان، منهم من لم يكلفه ذلك، ومنهم من كلفه لقدرته.

أما سيق الماء في المضمضة: ففيه قولان، أحدهما: لا يفطر، كسبق الذباب عند فتح الفم. والثاني: يفطر؛ لأن التحفظ فيه ممكن.

ولو بالغ فقولان مرتبان، والظاهر الإفطار؛ لأن وصول الماء فيه ليس بنادر.

أما بقية الطعام في خلل الأسنان: فإن قصر في تحليل الأسنان فهو كصورة المبالغة، وإن لم يقصر فهو كغبار الطريق.

أما المتئ: فإن خرج بالاستمناء فهو مفطر، وإن خرج بمجرد الفكر والنظر فلا؛ لأن الحجر فيه عسر، فإن خرج بالقبلة والمعانقة مع حائل فهو كالمضمضة، وإن كان من غير حائل وخرج بالمضاجعة فهو كالمبالغة.

ثم قال العلماء: لا تكره القبلة في الصوم لمن يملك إربه كالشيخ الهيم ويكره للشباب، «كان رسول الله ﷺ يقبل نساءه وهو صائم»^(١).

وأما القيء وسبقه: فهو كالمتئ، إلا إذا قلنا: إنه إنما يفطر لرجوع شيء منه إلى الباطن، فعند ذلك لو يحفظ لم يفطر.

ولو اقتلع نخامة من باطنه فهل يلحق بالاستقاء؟ فيه وجهان، أحدهما: نعم؛ لأنه مشبه

(١) ورد هذا من حديث عائشة، وأم سلمة، وعمر بن أبي سلمة، وحفصة، رضى الله عنهم، أخرجه البخاري (ح ١٩٢٧، ١٩٢٨).

به. والثاني: لا؛ لأن الاستقاء إخراج طعام عن مقره.

ثم أقرب ضبط في الفرق بين الظاهر والباطن أن يُقال: المقتلع من مخرج الخلو ظاهر، والمقتلع من مخرج الحاء باطن.

هذا بيان فقد قصد حساً، فإن فقد شرعاً كما في المكروه على الأكل، فقولان، أحدهما: لا يفطر لسقوط قصده شرعاً، والثاني: يفطر؛ لأن أثر الإكراه في درء المأثم.

وأما قولنا: (مع ذكر الصوم) احتزنا به عن الناسي للصوم، فإنه إذا أكل مرة أو مراراً، كثيراً أو قليلاً لم يفطر لورود الحديث^(١). وفي جماع الناسي خلاف سيأتي.

وأما الغالط فيلزمه القضاء، كمن ظن أن الشمس غاربة وأن الصبح غير طالع، فأكل ثم بان خلافه؛ لأنه ذاكر للصوم.

ومن أصحابنا من قال: إذا غلط في أول النهار لم يقض؛ لأنه معذور في استصحاب حكم الليل.

فإن قيل: فمتى يحل الأكل؟ قلنا: أما في آخر النهار فعند اليقين للغروب، أو عند

اعتقاد قطعي في حق الصائم، فإن ظن الغروب بأمانة وهو مع ذلك يجوز خلافه.

قال الأستاذ أبو إسحاق: لا يحل له الأكل، ولو أكل واستمر الإشكال لزمه القضاء^(٢)؛ لأن درك اليقين ممكن فلا يتغير الاستصحاب بالاجتهاد.

ومن أصحابنا من جوز الأكل بالاجتهاد. أما في ابتداء النهار فيجوز بالظن ولا يجوز هجومًا، ولكن لو استمر الإشكال فلا قضاء؛ لأن الأصل بقاء الليل.

فرع: إذا طلع الصبح وهو بحامع فتزع: انعقد صومه، خلافاً للمزني وزُفر؛ لأنه بالنزع تارك للجماع، ولو استمر فسَدَ الصوم، ولو أحرم بحامعاً ثم نزع، ففي انعقاد إحرامه وجهان، من حيث إن الإحرام داخل تحت اختياره. فإن قيل: وكيف يتصور

(١) الحديث أخرجه: مسلم (الصيام ١٧١)، وأحمد (٤٢٥/٢)، والدارمي (١٣/٢)، والترمذي (٢٠٠٣)، والزيلعي في نصب الراية (٤٤٥/٢)، وابن حجر في تلخيص الجبير (١٩٥/٢)، والألباني في إرواء الغليل (٨٦/٤)، بلفظ: [من نسي وهو صائم فأكل وشرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه].

(٢) وذلك لما رواه البخاري (حديث ١٩٥٩) عن أسماء بنت أبي بكر، رضي الله عنها، قالت: أفطرنا على عهد رسول الله ﷺ يوم غيم ثم طلعت الشمس، قيل لهشام: فأمروا بالقضاء؟ قال: بُدِّ من قضاء؟ وقال معمر: سمعت هشامًا: ولا أدري أقضوا أم لا.

اتصال النزح بالصبح ولا يحس بالصبح إلا بعد زمان من طلوعه؟ قلنا: ما قبل إمكان الإحساس لا يتعلق به الحكم، كالزوال عند زيادة الظل.

القول في شرائط الصوم

وهي أربعة، ثلاثة في الصائم وهو:

الإسلام، والعقل، والنقاء عن الحيض.

فلا يصح صوم كافر^(١)، ولا مجنون، ولا حائض في بعض النهار أو كله.

ثم العقل زواله بالجنون بانغماره بالإغماء واستتاره بالنوم، أما النوم فلا يضر وإن استغرق جميع النهار؛ لأنه في حكم عقله يزول بالتبیه، وفي إلحاق مستغرق النوم بمستغرق الإغماء وجه بعيد.

وأما الجنون: فيفسد طارئه ومقارنه، وفي إلحاق طارئه بطارئ الإغماء وجه بعيد. وأما الإغماء ففيه طريقان:

أحدهما: إجراء خمسة أقوال، ثلاثة منصوصة، واثنان مخرّجان: أحدها، وعليه نص هاهنا: أن المستغرق يفسد، فإن أفاق في جزء من النهار لم يفسد. والثاني، وعليه نص في الظهار: أنه إن كان في أول النهار مفيقاً صح، وإلا فلا. والثالث: أن الإغماء كالحيض. والرابع: مذهب المزني، وهو أن الإغماء كالنوم، فلا يضر وإن استغرق. والخامس: شرط الإفاقة في طرفي النهار مراعاة لأول العبادة وآخرها.

الطريقة الثانية: القطع بما نص الشافعي، رضى الله عنه، عليه في الصوم، وهو اشتراط الإفاقة في لحظة كانت وتأويل بقية النصوص.

الشرط الرابع: الوقت القابل للصوم: وهو جميع الدهر إلا يوم العيدين، وأيام التشريق، وفي القديم قول: إن التمتع يصوم الأيام الثلاثة في أيام التشريق. فقيل: إنه لا يقبل غيره، وقيل: إنه كيوم الشك، أما يوم الشك فصومه صحيح إن وافق ورداً أو قضاء، وإن لم يكن له سبب فهو منهي عنه، وفي صحته وجهان، كالصلاة في الأوقات المكروهة. ويعنى بيوم الشك أن يتحدث الناس برؤية الهلال ولا يثبت عند القاضي، وإن كان على محل الهلال قرع سحاب ولم يتحدث بالرؤية، فليس بشك في البلاد الكبيرة، وأما في

(١) سبق ذكر الخلاف في هذه المسألة، فهي إن لم تصح منه فلا يتوهم أنه غير مخاطب بها، إذ أنهم مخاطبون بالعبادات، والمعاملات كما سبق ذكره.

حق الرفقة في السفر والقرى الصغيرة فلا يعد أن يجعل يوم الشك، وإن كان الغيم مُطْبَقًا فليس بيوم الشك.

القول في السنن

وهي ثمانية:

الأول: تعجيل الفطر^(١)، بعد تيقن الغروب بتمر أو ماء مستحب، ويقول عند ذلك: «اللهم لك صمت وعلى رزقك أفطرت»^(٢).

الثاني: تأخير السحور، مع الاستظهار باليقين، وقد كان بين تَسْحُرِ رسول الله ﷺ وصلاة الصبح قدر خمسين^(٣) آية.

الثالث: إكثار الصدقات، وتقديم الطعام لإفطار الصائمين.

الرابع: الاعتكاف^(٤)، لا سيما في العشر الأخير لطلب ليلة القدر.

الخامس: كثرة تلاوة القرآن في هذا الشهر، مع كَفِّ اللسان عن أنواع الهذيان، وكذا كَفِّ النفس عن جميع الشهوات فهو معنى الصوم. قال ﷺ: «الصوم حُنة وحصن حصين، فإذا كان يوم صوم أحدكم فلا يرفث ولا يفسق، فإذا شأته رجل فليقل: إني صائم»^(٥).

السادس: ترك السواك بعد الزوال، فإنه يزيل خلوف فم الصائم وهو أطيب عند الله

(١) روى البخاري في صحيحه (١٩٥٧) عن سهل بن سعد مرفوعًا: «ولا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر».

(٢) أخرجه: أبو داود (٢٣٩٨)، والبيهقي في شرح السنة (٢٦٥/٦)، وابن أبي شيبة (١٠٠/٣)، والدارقطني (١٨٥/٢)، وإرواء الغليل (٣٦/٤).

(٣) روى البخاري في صحيحه (١٩٢١) عن زيد بن ثابت، رضي الله عنه، قال: «تسحرنا مع النبي ﷺ، ثم قام إلى الصلاة. قلت: كم كان بين الأذان والسجود؟ قال: قدر خمسين آية». وأخرجه مسلم (ح ١٠٩٧).

(٤) روى البخاري (٢٠٢٦)، ومسلم (١١٧١/٥)، من حديث عبد الله بن عمر، قال: «كان رسول الله ﷺ يعتكف العشر الأخير من رمضان».

(٥) الحديث أخرجه البخاري (١٨٩٤)، بلفظ: «الصيام حنة، فلا يرفث ولا يجهل. وإن امرؤ قاتله أو شاتمه، فليقل: إني صائم - مرتين - والذي نفسي بيده لخلوف فم الصائم... الحديث». عن أبي هريرة، رضي الله عنه، مرفوعًا، وأخرجه: مسلم (١١٥١/١٦٢)، ومالك (٣١٠/١)، وأبو داود (٢٣٦٣)، وأحمد (٤٦٥/٢)، والبيهقي (٢٦٩/٤)، والنسائي (١٦٣/٤).

من ربح المسك^(١).

السابع: تقديم غسل الجنابة على الصبح، ولو أصبح جنباً فلا بأس، «كان رسول الله ﷺ يصبح جنباً من جماع أهله»^(٢).

الثامن: ترك الوصال، ولا تزول الكراهية إلا بأن يأكل شيئاً بالليل وإن قل، فقد نهى رسول الله ﷺ، فإنه واصل في العشر الأخير فواصل عمر وغيره فنهاهم، وقال: «وددت لو مُدَّ لي الشهر مدّاً ليدع المتعمقون تعمقهم، أيقوى أحدكم على ما أقوى عليه، إني أبيت عند ربي يطعمني ويسقيني»^(٣).

* * *

القسم الثاني

في مباحات الإفطار وموجباته

أما المباح: فالمرض والسفر الطويل؛ وقد ذكرنا حدّهما في التيمم والصلاة.

ثم المرض: إن طرأ أباح الفطر، وإن زال قبل الإفطار لم يجز الإفطار بعده، وقيل: إنه يجوز.

أما السفر^(٤): إذا طرأ في أثناء النهار لم يفطر، خلافاً للزمني وأحمد، وإن قدم الرجل غير مفطر لم يجز له الإفطار، وإن أصبح المسافر على نية الصوم فله الإفطار، بخلاف ما إذا شرع في الإتمام حيث لا يجوز القصر.

(١) لقوله ﷺ: «والذي نفس محمد بيده خلوف فم الصائم أطيب عند الله يوم القيامة من ربح المسك... الحديث. أخرجه: أحمد (٢٧٣/٣)، وعبد الرزاق (٧٨٩١)، وابن حجر في الفتح (١٠٧/٤)، والمتقى في كنز العمال (٢٣٦٢٧).

(٢) أخرجه: البخاري (١٩٢٥، ١٩٢٦)، ومسلم (١١٠٩، ١١١٠)، وأبو داود (٢٣٨٨)، (٢٣٨٩)، والترمذي (١٤٩/٣).

(٣) الحديث بهذا اللفظ عند ابن كثير في البداية والنهاية (٦٨/٦)، والحديث بمعناه أخرجه: البخاري (١٩٦٥)، ومسلم (٧٧٤)، والبيهقي (٢٨٢/٤)، وابن عبد اتبر في التمهيد (٣٩٤/٦).

(٤) يباح الفطر للمريض الذي يرجى برؤه والمسافر، ويجب عليهما القضاء؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ولما رواه البخاري في صحيحه (ح ١٩٤١)، وانظر أطرافه، منها حديث (١٩٤٣) بلفظ: «إن شئت فصم، وإن شئت فأفطر».

والصوم أول من الفطر في السفر، بخلاف الإتمام فإنه فيه خلافاً؛ لأن في القصر خروجاً عن الخلاف مع براءة الذمة، والفطر يُتقَى الذمة مشغولة بالقضاء. وأما خلاف داود في إيجاب الفطر فلا يُعتمد به^(١).

وما ورد من الأخبار في النهي عن الصيام في السفر أريد به مَنْ يتضرر بالصوم، بدليل ما روى عن أنس أنه قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنا الصائم ومنا المفطر، ومنا القاصر ومنا المتمم، ولم يعب بعضنا بعضاً^(٢).

أما موجبات الإفطار بأربعة:

القضاء، والإمساك تشبهاً، والكفارة، والغدية.

أما القضاء: فواجب على كل مفطر، وتارك برذة، أو سفر، أو مرض، أو إغماء، أو حيض، ولا يجب على من ترك مجنون، أو صبي، أو كافر أصلي.

ولا فرق في الجنون بين ما طبق الشهر وبين ما قصر عنه، فما فات في أيام الجنون لا يقضى، ولو أفاق في أثناء النهار ففي قضاء ذلك اليوم وجهان.

ومن لزمه قضاء الشهر فلا يلزمه التابع خلافاً لمالك.

أما الإمساك تشبهاً بالصائمين: فواجب على كل متعد بالإفطار في شهر رمضان، ولا يجب في غير رمضان، ولا على مَنْ أبيح له الفطر بإباحة حقيقة كالمسافر والمريض، وإن زال عذرهما في بقية النهار خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن الإمساك نوع مؤاخذه.

وإن أصبح من غير نية فزال العذر قبل اتفاق الأكل ففي وجوب الإمساك وجهان، فالظاهر: أنه لا يجب، إذ لا فرق بين الأكل وترك النية كما في الحائض.

فأما مَنْ أصبح يوم الشك مفطراً ثم بان أنه من رمضان، فالمذهب: وجوب الإمساك لأنه مخطئ، والكفارة تتعلق بالقتل الخطأ.

(١) قوله: «وأما خلاف داود في إيجاب الفطر فلا يعتد به»، ليس معناه خلاف داود مطلقاً كما ذهب إليه بعض الفقهاء والأصوليين، بل يقول المصنف «في إيجاب الفطر»؛ لأن الإيجاب مردود بالأحاديث الصحيحة التي ذكرنا، منها ما رواه البخاري. وهذا يعني أن الإمام داود الظاهري معتد بخلافه على ما ذهب إليه المنصفون.

(٢) الحديث فيه زيادة منكورة ضعفها شيخ الإسلام ابن تيمية وذكرناها في تحقيق قصر الصلاة من كلام ابن القيم فليراجع في موضعه، والحديث عند البخاري (١٩٤٧)، بلفظ: «كنا نسافر مع النبي ﷺ فلم يعب الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم»، كذا يتممه، وأخرجه مسلم (١١١٨).

وحكى البيهقي قولاً: أنه لا إمساك، وكأن الإمساك نتيجة المأثم. أما الصبي والمجنون والكافر إذا زال في أثناء النهار ففي وجوب الإمساك بقية النهار أربعة أوجه:

أحدها: أنه يلزمهم؛ لأنهم أدركوا وقت التشبه إن لم يدركوا وقت الصوم، لا كالمسافر فإنه مترخص مع كمال حاله على بصيرة.

والثاني: لا يلزم؛ لأن وجوب الإمساك ينفي لزوم الصوم، وهؤلاء لم يلتزموا إذ لم يدركوا وقت الأداء.

والثالث: أن الكافر يلزمه دون الصبي والمجنون، فإنه متعدد بترك الصوم مع القدرة عليه بتقديم الإسلام.

والرابع: أن الصبي مع الكافر يلزمهما؛ لأن الصبي مأمور بالصوم وهو ابن سبع، ومضروب عليه وهو ابن عشر.

ثم قال الأصحاب: قضاء هذا اليوم في حقهم يتنى على الإمساك، فمن ألزم الإمساك ألزم القضاء، ومن لا فلا.

قال الصيدلاني: من أوجب الإمساك اكتفى به، ومن لا يوجب أوجب القضاء.

فرع: من نوى التطوع في رمضان: لم ينعقد تطوعه، وإن كان مسافراً أو كان قد أصبح ليلة الشك غير نائماً؛ لأن الوقت متعين للإمساك المفروض في حق من ليس مترخصاً، وفيه وجه أنه ينعقد.

أما الكفارة: فواجبة على كل من أفسد صوم يوم من رمضان بجماع تام ثم به لأجل الصوم، وفي الحد قيود.

أما قولنا: أفسد، احترزنا به عن الناسي إذا جامع فإنه لا يفطر على المذهب الظاهر فلا يُكفر، ومنهم من خرج الفطر على القولين في فساد الإحرام بجماع الناسي وهو بعيد، إذ إلحاق الجماع بالأكل أولى من إلحاقه باستهلاكات الحج.

ثم إن قلنا: الفطر حاصل، فالظاهر أن الكفارة لا تجب لانتفاء الإثم، وفيه وجه لانتسابه إلى التقصير.

أما تقييدنا بصوم رمضان: احترزنا عن التطوع والقضاء والنذر فلا كفارة فيها، أثم المفطر أو لم يَأثم.

أما إضافتنا الإفطار إلى الجماع: احترزنا به عن المرأة إذا جومعت فلا كفارة عليها خلافاً لأبي حنيفة؛ لأنها أفطرت قبل الجماع بوصول أول جزء من الحشفة إلى باطنها، ولقصة الأعرابي. ونص في الإملاء على وجوب الكفارة عليها.

ثم اختلفوا على قول سقوط الكفارة، وقيل: إن الوجوب لا يلاقيها أصلاً.

وقيل: يلاقيها ولكن تندرج تحت كفارة الزوج، فعلى هذا لا يندرج تحت كفارة الزاني؛ لأن رابطة التحمل الزوجية، فيجب الكفارة على الزانية.

ولو كان الزوج مجنوناً لزمته الكفارة، إذ لا كفارة على الزوج، وقيل: يجب على المحنون؛ لأن ماله يصلح للتحمل، ولو كانت معسرة وواجبها الصوم فلا سبيل للتحمل فيلزمها؛ إذ الصوم عبادة محضة. ولو لزمها الإطعام ولزم الزوج الإعتاق ففى تقدير الإدراج وجهان؛ لما بينهما من اختلاف النوع مع اتحاد جنس المالية، والأمة إذا وطئها السيد فواجبها الصوم فهي كالمعسرة، والزوج إذا كان مسافراً والمرأة حاضرة فلا إدراج إذ لا كفارة عليه مهما قصد الترخص بالإفطار، فإن لم يقصد ففى وجوب الكفارة وجهان، الأصح: أنها لا تلزم.

أما تقييدنا بالجماع: احترزنا به عن الأكل والشرب، والاستمنا، والإنزال بالتقبيل ومقدمات الجماع، فلا كفارة فيها.

وقال مالك: تجب بكل مفطر. وقال أبو حنيفة: بكل مقصود في جنسه.

وقد أدرجنا تحته الزنا وجماع الأمة، أما وطء البهيمة والإتيان في غير المأني فالظاهر تعلق الكفارة به؛ لأنه في معنى الجماع.

أما قولنا: أثم به لأجل الصوم، احترزنا به عن الزاني ناسياً، إذا قلنا: يفطر، ومن أصبح مجامعاً أهله على ظن أن الصبح غير طالع، إذ لا كفارة إلا على وجه إيجابه على الناسي، وكذا لو أكل ناسياً فظن فساد صومه فجامع لزمه القضاء ولا كفارة للظن.

وقد جمعنا بهذا الحد ما إذا جامع المنفرد برؤية الهلال بعد ردّ شهادته، وما إذا جامع في أيام مراراً، وما إذا جامع ثم أنشأ السفر، فالكفارة تجب في هذه الصور خلافاً لأبي حنيفة.

فأما إذا طرأ بعد الجماع مرض أو جنون أو حيض ففى الكفارة ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يسقط إذ بان بالآخرة أن الصوم لم يكن واجباً. والثاني: يجب؛ لأنها

طرأت بعد فساد الصوم بالجماع. والثالث: أنه يسقط بطريان الجنون والحيض؛ لأنهما ينافيان الصحة، وفي معناهما الموت بخلاف المرض فإنه لا ينافي الصحة، وقد حكى طرد هذه الأقوال في طريان السفر، وهو بعيد فإنه غير مبيح.

أما كيفية هذه الكفارة: فهي مرتبة ككفارة الظهار على ما اشتمل عليه القرآن. وفي وجوب قضاء الصوم مع الكفارة ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب، وهو القياس. والثاني: لا؛ لقصة الأعرابي فليس فيها أمر بالقضاء. والثالث: إن كَفَّرَ بالصوم اندرج، وإلا لزمه القضاء.

وعمدة الكفارة حديث الأعرابي، إذ جاء إلى رسول الله ﷺ وهو ينتف شعره ويضرب نحره ويقول: هلكت وأهلك، واقعت أهلى فى نهار رمضان! فقال، عليه السلام: [وأعق رقبة]، فوضع يده على سالفتيه وقال: لا أملك رقبة غير هذه، فقال: «صُم شهرين متتابعين»، فقال: وهل أتيت هذا إلا من الصوم، فقال: وأطعم ستين مسكيناً، فقال: والله ما بين لابتيها أفقر منى، فأتى رسول الله ﷺ بعرق من التمر يسع خمسة عشر صاعاً، وقال: «تصدق به على الفقراء» قال: على أهل بيت أفقر من أهل بيتي؟ فأخذ الأعرابي التمر وولّى، ورسول الله ﷺ يتسم^(١).

وفى الحديث إشكالات: أحدها: أنه مهد عُذْره فى ترك الصيام بالغلظة المفرطة، وقد اختلف الأصحاب فيه.

والثاني: أنه أخذ لينفق على أهل بيته، فاختلفوا فى جواز التفرقة فى الكفارة على أهل البيت عند الفقر.

الثالث: أنه لم يبين له استقرار الكفارة فى ذمته، وكان عاجزاً عن جميع الخصال لدى الجماع.

واختلف الأصحاب فيه، وقالوا: ما يجب لله، تعالى، ينقسم إلى ما يجب لا بطريق العقوبة والغرامة كزكاة الفطر، فإذا اقترن الإعسار بالاستهلال لم يستقر فى الذمة، وما فيه معنى الغرامة لا يندفع بالعجز بل يثبت فى الذمة كجزاء الصيد، وأما الكفارة ففيها وجهان لتردها بين القسمين.

ثم قال صاحب التلخيص: لا يجوز للمظاهر أن يجامع وإن كان عاجزاً فى حال

(١) الحديث أخرجه: البخارى (١٩٣٦)، ومسلم (١١١١/٨١)، ومالك (٢٩٦/١)، وأبو داود (٢٣٩٠)، والترمذى (١٠٢/٣)، وابن ماجه (٥٣٤/١).

الظهار عن جميع الخصال ما لم يكفر، فاستثنى كفارة الظهار.

وقال الشيخ أبو علي: لا فرق بينهما.

فإن قيل: وما عذر من يخالف الحديث؟ قلنا: يرى أن تنزيل ذلك على تخصيص الأعرابي أقرب من تشويش قاعدة القياس.

أما الفدية: فهي مُدٌّ من الطعام مصرفها مصرف الصلقات، ولوجوبها ثلاثة طرق، فقد يجب بدلاً عن نفس الصوم، وقد يجب لفوات فضيلة الأداء، وقد يجب لتأخير القضاء.

فأما الواجب عن نفس الصوم: فمن تعدى بترك الصوم ومات قبل القضاء، أخرج عن تركه مُدٌّ لكل يوم، وفي القديم قول: أنه يصوم عنه وليه^(١).

فأما من فاته بالمرض ولم يتمكن من القضاء حتى مات فلا شيء عليه.

أما الشيخ الهَمُّ الهَرَمُ ففيه قولان: أحدهما: لا يلزمه الفدية كالمرضى الدائم المرض إلى الموت.

والثاني: يلزمه؛ لأنه ليس بتوقع زوال عُذْرِهِ، بخلاف المريض فإنه عازم على القضاء.

أما ما يجب لفضيلة الوقت، فهو في حق الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على ولديهما، قضتا وأفدتا عن كل يوم مُدًّا، كذلك ورد الخبر. وفيه قول آخر: أنه لا يلزمهما كالمرضى.

وفيه قول ثالث: أنه يجب على المرضعة؛ لأنها لا تخاف على نفسها بخلاف الحامل.

فرعان: أحدهما: العاصي بالإفطار، هل يلزمه الفدية مع القضاء؟

فيه وجهان، أحدهما: نعم؛ لأنه ليس خاتفاً على نفسه كالمرضعة، بل حاله أسوأ منها. والثاني: لا؛ لأن الفدية لا تكفر عدوانه.

الثاني: من رأى غيره مشرفاً على الغرق، وكان لا يتوصل إلى إنقاذه إلا بالفطر فله

(١) وذلك لما روى عنه ﷺ أنه قال: «من مات وعليه صيام صامه عنه وليه»، أخرجه البخاري (١٩٥٢)، ومسلم (١١٤٧/١٥٣).

وعن ابن عباس أنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إن أمي ماتت، وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها، فقال: «لو كان على أمك دين، أكنت قاضيه»، قال: نعم، قال: وفدين الله أحق بالقضاء. أخرجه البخاري (١٩٥٣)، ومسلم (١١٤٧/١٥٥).

الفطر، وفي لزوم الفدية وجهان من حيث إنه أفطر خوفاً على غيره كالمرضعة، ووجه الفرق: أن هذا نادر.

وأما ما يجب لتأخير القضاء: فمن فاتته صوم فلا يجوز له تأخير القضاء إلى السنة الثانية إلا بمرض دائم وعذر مستمر. فلو أخر مع الإمكان عصي وقضى، وأخرج لكل يوم مُدًّا للخبر، ولو أخر سنتين فقي تكرر المد بعدد كل سنة وجهان، والشيخ الهـم إذا أخر المد عن السنة الأولى فقي لزوم مد آخر للتأخير وجهان.

هذا حكم صوم الفرض، فأما صوم التطوع: فالإفطار فيه جائز بغير عذر خلافاً لأبي حنيفة، وهل يكره دون عذر فيه وجهان.

أما صوم القضاء: فما يجب على الفور يلزمه إتمامه عند الشروع، وما هو على التراخي فيحوز الإفطار فيه.

وصوم التطوع في السنة: صوم عرفة، وعاشوراء، وناسوعاء، وستة أيام بعد عيد رمضان، وفي الشهر الأيام البيض، وفي الأسبوع الاثنين والخميس، وفي الجملة صوم الدهر مسنون بشرط الإفطار يوم العيدين وأيام التشريق.

* * *

كتاب الاعتكاف^(١)

الاعتكاف: قرينة مستنونة، ولا يلزم إلا بالنذر، وأحرى المواقيت به العشر الأخير من رمضان، تأسيساً برسول الله ﷺ، وابتدأه عند غروب الشمس يوم العشرين، وآخر هلال شوال. ولو اعتكف ليلة العيد وأحيائها تعرض لقوله، عليه السلام: «من أحيأ ليلتى العيد لم يمّت قلبه يوم تموت القلوب»^(٢).

والغرض من العشر الأخير طلب ليلة القدر، قال رسول الله ﷺ: «اطلبوها فى العشر الأخير، واطلبوها فى كل وتر»^(٣).

وميل الشافعى، رضى الله عنه، إلى ليلة الحادى والعشرين لحديث ورد فيه. وقال أبو حنيفة: هى فى جميع الشهر.

وقيل: إنها فى جميع السنة، وقد قال الشافعى، رضى الله عنه: لو قال: فى نصف رمضان امرأتى طالق ليلة القدر، لم تطلق ما لم تنقضى سنة؛ لأن كونها فى جميع الشهر

(١) الاعتكاف: مصدر اعتكف يعتكف، ومعناه لغة: الحبس واللبث والإقامة على الشئ غيراً كان أو شراً.

والاعتكاف والعكوف بمعنى واحد، قال ابن الأثير: يقال لمن لازم المسجد: عاكف ومعتكف، ذكره فى النهاية. وفى المغنى: هو لزوم الشئ، وحبس النفس عليه، برأ كان أو غيره.

ويسمى «جواراً» كما جاء فى حديث عائشة، قالت: «كان رسول الله ﷺ يحاور فى العشر الأواخر من رمضان، ويقول: غمروا ليلة القدر فى العشر الأواخر من رمضان». أخرجه البخارى ومسلم. انظر: الصحاح (٤/١٤٠٦)، لسان العرب (٤/٣٠٥٨)، ترتيب القساموس (٣/٢٨٦)، النهاية فى غريب الحديث (٣/٢٨٤).

ويستدل على الاعتكاف من الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولا تبشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد﴾، وقوله تعالى: ﴿وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيتى للطائفين والعاكفين﴾.

وأما السنة: فللحديث السابق الذى روته عائشة، رضى الله عنها، ومثله عن أبى هريرة وسياى فى موضعه إن شاء الله. وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على أن الاعتكاف سنة ولا يجب إلا بالنذر.

(٢) الحديث سبق تحريره، وهو ضعيف. أخرجه البيهقى (٣/٣٩١)، والهيثمى (٢/١٩٨)، وابن ماجه (١/٥٦٧).

(٣) الحديث أخرجه: البخارى (٢٠١٨)، ومسلم (١١٦٧)، والترمذى (٣/١٥٨)، وابن ماجه (١٧٦٦).

محتمل، والطلاق لا يقع بالشك، وليس على انحصاره في العشر الأخير دليل ظاهر.

هذا تمهيد الكتاب، ومقصوده ينحصر في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في أركانه

وهي أربعة: الاعتكاف، والنية، والمعتكف، والمعتكف.

الركن الأول: نفس الاعتكاف: وهو عبارة عن اللبث في المسجد مع الكف عن قضاء شهوة الفرج.

أما اللبث: فأقله ما ينطلق عليه اسم العكوف، وهو زائد على طمأنينة السجود. ولو نذر اعتكافاً مطلقاً يكفي فيه اعتكاف ساعة، كما تكفيه في نذر الصدقة التصديق بحجة. وقيل: إنه يكفي المرور بالمسجد كالمرور بعرفة، وقيل: لا بد من يوم أو ما يدنو منه، وهو مذهب أبي حنيفة.

وأما الكف عن قضاء الشهوة: فنعني به ترك الجماع، فالاعتكاف يفسد به، ولا يفسد بملامسة من غير شهوة؛ إذ كانت عائشة، رضي الله عنها، ترحل رأس رسول الله ﷺ (١).

وفي مقدمات الجماع كالقبلة والمعانقة قولان؛ أحدهما: أنه يحرم ويفسد كما في الحج. والثاني: لا كما في الصوم.

والصحيح: أنه إن أفضى إلى الإنزال فسد. وقيل بطرد القولين.

ولا يشترط الكف عن ثلاثة أمور:

أحدها: التطيب والتزين بالثياب. والثاني: البيع والشراء، والأحب أن لا يكتر منه، فإن أكثر لم يفسد اعتكافه.

وقال مالك: تركه يشترط، أعني تركه الحرفة. وقد عزى ذلك إلى الشافعي، رضي الله عنه، ووجه: أنه يناقض الإخلاص في الاعتكاف.

الثالث: الكف عن الأكل والشرب ليس بشرط.

وقال أبو حنيفة: الصوم شرط في صحته، حتى لا يصح اعتكاف ليلة مفردة ما لم

(١) الحديث سبق ترجمه في كتاب الحيض، وهو عند البخاري (٢٠٢٨، ٢٠٤٦)، ومسلم (٢٤٤/١).

يتصل بالنهار، وهو قول قديم للشافعي، نعم لو نذر أن يعتكف يوماً صائماً لزمه الاعتكاف والصوم جميعاً. وفي لزوم الجمع قولان، أحدهما: لا، كما لو قال: أعتكف مصلياً. والثاني: نعم، لتقارب العبادتين كما في الحج والعمرة.

ولو قال: لله على أن أصوم معتكفاً فالصحيح: أنه لا يلزمه الجمع؛ لأن الاعتكاف لا يصلح أن يكون وصفاً للصوم، ولو قال: لله على أن أصلي صلاة أقرأ فيها السورة الفلانية فيلزمه القراءة والصلاة، وفي لزوم الجمع قولان.

الركن الثاني: النية:

ولا بد منها في الابتداء، ثم إذا نوى الاعتكاف مطلقاً، وهي سنة، تكفيه تلك النية، فإن خرج من المسجد ولو لقضاء حاجة فإذا عاد لزمه استئناف النية، فأما إذا نوى اعتكاف يوم أو شهر ثم خرج وعاد ففي تحديد النية ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يلزم؛ لأن النية شملت جميع المدة التي عينها.

والثاني: أنه إن قُرب الزمان لم يلزم، وإن بَعُد وجب التجديد.

والثالث: إن خرج لقضاء الحاجة لم يلزم، وإن خرج لأمر آخر لزم التجديد.

ومهما نوى الخروج عن الاعتكاف وهو في المسجد ففي بطلانه ما في بطلان الصوم.

الركن الثالث: المُتَكَيِّف:

وهو كل مسلم عاقل ليس يجنب ولا حائض، ولا يشترط الحرية فيصح اعتكاف الرقيق، ولكن للسيد أن يخرجهما مهما شاء، ويصح اعتكاف المكاتب، ومن نصفه حر ونصفه رقيق له أن يستقل بالاعتكاف في نوبته.

أما الردة والسكر إذا قاربا الابتداء منعاً للصحة لتعذر النية، وإن طرأ فقد نص على أنه لا يفسد بالردة ويفسد بالسكر.

واختلف الأصحاب على ثلاثة أوجه في المسألتين:

أحدها: أنه لا يفسد بهما، وتأويل نصه في السكر ما إذا خرج لإقامة الحد.

والثاني: أنه يفسد بهما، وتأويل نصه في الردة أنها لا تحبط ما مضى.

والثالث، وهو الأصح: أنه يفسد بالردة، لفوات شرط العبادة، ولا يفسد بالسكر كما

لا يفسد بالنوم والإغماء.

وأما الحيض مهما طرأ قطع الاعتكاف، والجنابة إن طرأت باحتلام فعليه أن يبادر إلى الغسل، ويكون خروجه كخروجه للوضوء وقضاء الحاجة، والجنابة في مدة العبور لا تفسد الاعتكاف، ثم لو قدر على الغسل في المسجد جاز له الخروج للغسل ولم ينقطع تنابعه صيانة للمسجد عن أن يتخذ مَحَطًا للجنابة.

الركن الرابع: الْمُتَكَفِّفُ:

وهو المسجد، ويستوى فيه عندنا سائر المساجد، والجامع أولى لكثرة الجماعة. وللشافعي، رضى الله عنه، قول قديم: أن اعتكاف المرأة في مسجد بيتها يصح، وذكر في الرجل خلاف مرتب، وهو بعيد.

ولو عيّن مسجداً بنذره فالظاهر أن المسجد الحرام يتعين وسائر المساجد لا يتعين، وفي المسجد الأقصى ومسجد المدينة قولان، وقيل: إن الكل لا يتعين، وقيل: الكل يتعين، فإذا قلنا: إن الكل لا يتعين فلو انتقل في خرجاته لقضاء حاجة إلى مساجد متقاربة وكان اعتكافه متتابعاً جاز.

وأما الزمان: فالمنذهب أنه يتعين كما في الصوم، فإذا نذر اعتكاف رجب مثلاً لزمه، فلو فات فالظاهر وجوب القضاء، وقيل: لا يجب؛ لأنه تعذر الملتزم وهو باطل بالصوم.

* * *

الفصل الثاني: في موجب ألفاظ النذر

والنظر في ثلاثة أمور:

الأول: في التابع

فإذا قال: لله عليّ أن أعتكف شهراً متتابعاً، لم يجز التفرق. وإن قال: متفرقاً، جاز متتابعاً؛ لأنه زاد خيراً. ولو أطلق فالمنذهب: أن التابع لا يلزم كما في الصوم.

وقال ابن سريج: يلزم؛ لأن الليالي في الصوم تقطع التسابع بخلاف الاعتكاف، وهو بعيد.

فأما إذا نذر يوماً ففي جواز التقاط ساعات أيام وجهان، أصحهما: المنع بخلاف الشهر، فإن اليوم عبارة عن ساعات محصورة بين الطلوع والغروب على اتصال، فعلى

هذا لو ابتداء من وقت الزوال وصبر إلى الزوال في اليوم الثاني، فإن خرج ليلاً لم يجزه للتقطع، وإن اعتكف ليلاً قيل: إنه يجزئ؛ لحصول الاتصال.

وقال أبو إسحاق المروزي: لا يجزئ؛ لأن الليل ليس محسوباً من النهار.

هذا إذا أطلق الشهر، فلو عين شهراً أو العشر الأخير من رمضان كان التابع لازماً ضرورة لا قصدًا، حتى لو فسد آخره لم يلزم قضاء ما مضى، ولو ترك الكل لم يجب التابع في القضاء، ولو قال: لله على أن أعتكف العشر الأخير متتابعاً ففى لزوم التابع وجهان. ووجه قولنا: إنه لا يلزم، أن التابع هذا يقع ضرورة فالتصريح به كالتسكوت عنه.

النظر الثاني: في استتباع الليالي

فإذا نذر اعتكاف شهر دخل الليالي فيه، ويكفيه شهر بالأهلة، ولنذر اعتكاف يوم لم يدخل الليلة فيه، ولو نذر ثلاثة أيام أو ثلاثين يوماً، ففي دخول الليالي المتخللة ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب كما في الشهر. والثاني: لا، وهو الأصح اتباعاً للفظ. والثالث: أنه إن نذر التابع لزمه الليالي، وإلا فلا.

ولو نذر ثلاث ليالٍ ففي دخول اليومين المتخللين هذه الأوجه الثلاثة.

وإذا نذر العشر الأخير فنقص الهلال كفاء التسع، ولو نذر عشرة أيام من آخر الشهر فنقص لزمه قضاء يوم.

النظر الثالث: في استثناء الأغراض

فإذا قال: أعتكف شهراً متتابعاً لا أخرج إلا لعيادة زيد، جاز الخروج له ولم يجز لعيادة عمرو، ولا لشغل أهم منه، ولو قال: لا أخرج إلا لشغل يميني، جاز الخروج لكل شغل ديني أو دنيوي يباح السفر بمثله ولا يجوز لأجل النظارة والتنزه.

وحكى صاحب التقریب قولاً قديماً: أن هذا الاستثناء مناقض للتابع فيلغو ويجب التابع، ثم قال: إذا فرغنا على الصحيح فلو قال: لله على أن أتصدق بعشرة دراهم إلا أن أحتاج إليه قبل التصديق صح ذلك، ولو قال: إلا أن تبدو لي فهذا محتمل.

وأبى الشيخ أبو محمد هذا الأخير؛ لأنه خيرة مطلقة يُضاد اللزوم.

وقال العراقيون: لو نذر صومًا وشرط التحلل لغرض لا يبيح الفطر صح الشرط. ولو جرى ذلك في الحج فوجهان.

وعكس الشيخ أبو محمد هذا الترتيب وقال: الحج أولى باحتمال ذلك إذ ورد فيه شرط التحلل.

فرع: إذا استثنى غرضًا: فالزمان المصروف إليه يجب قضاؤه إذا نذر اعتكاف شهر مطلقًا، وإن نذر اعتكاف شهر معين: لم يلزم قضاؤه؛ إذ يمكن حمله في المطلق على نفس انقطاع التتابع فقط فينزل على الأقل. وفي الافتقار إلى تحديد النية بخلاف، وعند وجوب التتابع الأظهر: الاستغناء عن التحديد؛ لأن التتابع كالرابطة للجميع.

* * *

الفصل الثالث: في قواطع التتابع

وهو الخروج بكل البدن عن كل المسجد بغير عذر. احترزنا (بكل البدن) عما إذا أخرج رأسه أو رجله من المسجد، فإنه لا يطل اعتكافه.

واحترزنا (عن كل المسجد) عما إذا صعد المنارة للأذان، فإن كانت المنارة منقطعة عن المسجد انقطع التتابع، وإن كانت متصلة وكأنها في المسجد لم تنقطع، وإن كانت متصلة بمحاطة المسجد في حريمه وكان بابها خارجًا عن المسجد ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينقطع؛ لخروجه عن المسجد. والثاني: لا؛ لأنه من حريم المسجد، والأذان من حقوق المسجد، فكانه لم يُعرض عن المسجد. والثالث: أنه إن كان مؤذنًا راتبًا لم ينقطع؛ لأنه عذر في حقه، وإلا فينقطع.

وأما قولنا: (من غير عذر)، فالعذر على مراتب:

الرتبة الأولى، وهي العليا: الخروج لقضاء الحاجة، وهو مستثنى لتكرره بحكم الجبلية، فلا ينقطع التتابع به، ولا يجب قضاء تلك الأوقات، ولا يجب عند العود تحديد النية، بخلاف الاعتكاف المطلق الذي لا تتابع فيه، فإنه يجب التحديد، هذا إذا كان داره قريبًا ولم يكن به علة يكثر خروجه بسببها، فإن بعدت داره أو كان به علة فوجهان، منهم من عمم حسماً للباب، ولو كان له داران كلاهما على حدّ القرب ففى جواز خروجه إلى الأبعد وجهان، وحد القرب في الزمان والمكان لا ينضبط إلا بالعادة.

فرع: لا بأس بأكل لُقْم في الطريق، ولا بعبادة المريض في المرور من غير ازورار^(١)، ولا بأس بوقفه يسيرة بقدر صلاة الجنائز فذلك جائز في الطريق، وكذلك لا بأس بالسلام والسؤال فإنه لا يزيد على قدر صلاة الجنائز، كان رسول الله ﷺ لا يسأل عن المريض إلا مارة في اعتكافه لا يعرج عليه، ولو جامع في وقت قضاء الحاجة من غير صرف زمان إليه فسَد اعتكافه على الأصح؛ لأن وقعه عظيم فلاشتغال به أوقع من الجلوس ساعة من غير حاجة، ومنهم من قال: لا يفسد؛ لأنه ليس معتكفاً في هذه الحالة، وإن كان الزمان محسوباً في مدة الاعتكاف.

الرتبة الثانية: الخروج بعذر الحيض غير قاطع التابع إن كان مدة الاعتكاف بحيث لا يتسع لها أيام الظهر غالباً، فإن قصرت المدة فوجهان: أحدهما: القطع للإمكان، والثاني: المسامحة نظراً إلى جنس الحيض فإنه متكرر بالجليلة لقضاء الحاجة.

الرتبة الثالثة: المرض الذي يشق معه المقام في المسجد، وفيه قولان: أحدهما: أنه كالحيض، والثاني: لا؛ لأنه لا يتكرر طبعاً.

وهكذا الخلاف^(٢) في انقطاع تتابع الصوم به، وهذا إذا لم يضطر إلى الخروج خيفة التلويث، فإن خيف فهو كالحيض، وقيل بطرد القولين فيه أيضاً.

الرتبة الرابعة: أن يخرج محمولاً أو يخرج ناسياً، وفيه قولان مرتبان على المرض، وأولى بأن لا ينقطع؛ لأن الصوم لا ينقطع بمثله، وإن أكره فقولان مرتبان، وأولى بأن ينقطع؛ لأن له قصداً في الخروج.

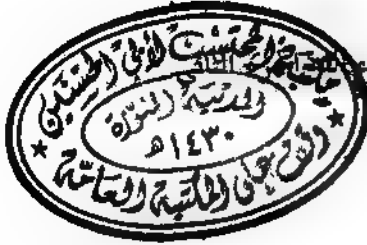
الرتبة الخامسة: أن يلزمه الخروج شرعاً لأداء شهادة متعينة، أو إقامة حد، أو قضاء عدة طلاق، فقولان مرتبان على المرض وأولى بالانقطاع؛ لأن مبادئ هذه الأمور مندرجة تحت اختياره.

(١) أي من غير أن تكون النية مقصودة للزيارة، فإن كانت هكذا انقطعت العادة، أما إن عاد المريض في طريقه من غير قصد الزيارة فلا بأس. وفي ذلك حديث عن عائشة، رضي الله عنها، قالت: «كان النبي ﷺ يمر بالمريض وهو معتكف فيمر كما هو ولا يعرج يسأل عنه». أخرجه: أبو داود (الصيام ب ٧٩)، والبيهقي (٣٢١/٤)، والزيدي في إتحاف السادة (٢٣٨/٤).

قال الشوكاني: في إسناده ليث بن أبي سليم وفيه مقال. قال الحافظ: والصحيح عن عائشة من فعلها، أخرجه مسلم وغيره، وقال: صح ذلك عن علي، عليه السلام. (٢) في الأصل «وكذا الانقطاع»، وهو خطأ وما أثبتناه من طبعة دار السلام بالمقابلة مع الأصول الأخرى.

ثم حيث قلنا: لا ينقطع، فيجب قضاء الأوقات الفائتة بهذه الأعذار، وفي استئناف النية عند العود خلاف كما في تفريق الوضوء.

* * *



تم بحمد الله الجزء الأول، ويليه إن شاء الله تعالى
وأوله: كتاب الحج

* * *

الوسيط في المذهب



تأليف

الشيخ الإمام حمزة الأرمزي
أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي
المتوفى سنة ٥٠٥ هـ

تحقيق

أبي عمرو الحسين بن عمر بن عبد الرحيم

الجزء الثاني

مختصراً

محمد علي بيضون

لشركت النشر والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



جميع الحقوق محفوظة

Copyright ©
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية - بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة
تنسيق الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على
أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو
برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة
الناشر خطياً.

Exclusive Rights by
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be
translated, reproduced, distributed in any
form or by any means, or stored in a data
base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Droits Exclusifs à
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle
ou morale d'éditer, de traduire, de
photocopier, d'enregistrer sur cassette,
disquette, C.D, ordinateur toute
production écrite, entière ou partielle,
sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رمل الطرمية شارع البحري، متقابلة ملكوت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٨ - ٣٦٩١٣٥ - ٣٧٨٤٢ (٩٦١)
صندوق بريد : ٩١٢٤ - بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Batory St., Melkart Bldg., 1st. Floor
Tel. & Fax : 00 (961) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beyrouth Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Batory, Imme. Melkart, 1ère Étage
Tel. & Fax : 00 (961) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3192-3



9 782745 133928

<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

فهرس المحتويات

٤١	النوع الأول: اللبس	٣	كتاب الحج
٤٣	النوع الثاني: التطيب		القسم الأول في المقدمات وهو الشرائط
٤٤	النوع الثالث	٣	والمواقيت
٤٥	النوع الرابع: التنظف بالحلق	٣	القول في الشرائط
٤٥	النوع الخامس من المحظورات: الجماع	٤	والمقصود بيان الاستطاعة وهي نوعان
	النوع السادس: مقدمات الجماع كالقنلة	٤	النوع الأول: استطاعة المباشرة
٤٨	والمحاسة	٧	النوع الثاني: استطاعة الاستئابة
٤٩	النوع السابع من المحظورات: إتلاف الصيد	١٤	المقدمة الثانية للحج للنظر في المواقيت
٥٥	القسم الثالث من الكتاب في التوايع والواحق	١٧	القسم الثاني من الكتاب: في المقاصد
٥٥	الباب الأول في الموانع من إتمام الحج	١٧	الباب الأول: في وجوه أداء النسكين
٥٧	الباب الثاني: في الدماء وأبدالها	١٧	الأول: الأفراد
	الفصل الأول: في بيان التقدير والترتيب في	١٨	الوجه الثاني: القران
٥٧	البدل والمبدلات	١٨	الوجه الثالث: التمتع
٥٩	الفصل الثاني: في محل إراقة الدماء وزمانها	٢٠	باب ما على المتمتع، والقارن في معناه
٦٠	كتاب البيع		الباب الثاني: في أعمال الحج، وفيه اثنا عشر
٦٠	القسم الأول في بيان صحته وفساده	٢٢	فصلاً
٦٠	الباب الأول: في أركان البيع	٢٣	الفصل الأول: في الإحرام
٦٠	الركن الأول: الصيغة وهي الإيجاب والقبول	٢٥	الفصل الثاني: في سنن الإحرام
٦١	الركن الثاني: العاقد	٢٧	الفصل الثالث: في سنن دخول مكة
٦٣	الركن الثالث: المعقود عليه وهو المبيع	٢٨	الفصل الرابع: في الطواف
٧٦	الباب الثاني في فساد البيع بجهة الرضا	٣٢	الفصل الخامس: في السعي
	الباب الثالث في فساد العقد من جهة نهى	٣٣	الفصل السادس: في الوقوف بعرفة
٨٣	الشارع عنه	٣٤	الفصل السابع: في جمل أسباب التحلل
٨٤	المناهي قسمان	٣٥	الفصل الثامن: في الحلق
٨٤	الأول: ما لم يدل على الفساد	٣٦	الفصل التاسع: في المبيت
	القسم الثاني من المناهي: ما حمل على	٣٧	الفصل العاشر: في الرمي
٨٨	الفساد	٣٨	الفصل الحادي عشر: في طواف الوداع
	الباب الرابع في فساد العقد لانضمام فاسد إليه		الفصل الثاني عشر: في أحكام الصبي والنظر
٩٧	وهو المعروف بتفريق الصفقة	٣٩	في إحرامه وأعماله ولوازمه
١٠١	القسم الثاني في بيان لزوم العقد وجوازه		الباب الثالث في قسم المقاصد في بيان
١٠١	الباب الأول: في خيار المجلس	٤١	محظورات الحج والعمرة

١٤٥.....	الباب الأول: في مداينة العبيد	١٠١.....	الفصل الأول: في مجاريه
١٤٥.....	الأول: فيما يجوز له من التصرفات	١٠٥.....	الفصل الثاني: في خيار الشرط، وفيه فصلان
١٤٦.....	النظر الثاني: في لزوم العهدة	١٠٥.....	الأول: في حكمه في نفسه
	النظر الثالث: في المال الذي تقضى منه ديون		الفصل الثاني في حكم الخيار في الطوارئ في
١٤٧.....	التجارة	١٠٧.....	مدته
	الباب الثاني في الاختلاف الموجب	١١٠.....	الباب الثالث: في خيار النقيصة
١٤٩.....	للتحالف، وفيه فصول	١١٢.....	الأول: في حد السبب
١٤٩.....	الأول في وجوه الاختلاف	١١٢.....	الفصل الثاني: في حكم السبب
١٥١.....	الفصل الثاني: في كيفية التحالف	١١٤.....	المانع الأول: شرط البراءة من العيوب
١٥٢.....	الفصل الثالث: في حكم التحالف	١١٩.....	الفصل الأول: في حقيقة الرد والفسخ
١٥٣.....	الفصل الرابع: في أحوال المبيع عند التفاسخ	١٢٠.....	الفصل الثاني: في حقيقة الإقالة
١٥٥.....	كتاب الحوالة	١٢١.....	الفصل الثالث: في النزاع في الرد بالعيب
١٥٥.....	الباب الأول: في أركانه	١٢٢.....	القسم الثالث من كتاب البيع
١٥٧.....	الباب الثاني في التنازع		في حكمه قبل القبض وبعده، والنظر في
١٥٩.....	كتاب الضمان		القبض يتعلق بثمرته وحكمه، ثم بصورته،
١٥٩.....	الباب الأول في أركانه وهي ستة		وكيفيته ثم بصفته في الوجوب، والإجبار
١٥٩.....	الأول: المضمون عنه	١٢٢.....	عليه
١٥٩.....	الركن الثاني: المضمون له	١١٢.....	النظر الأول: في ثمرته وحكمه، وله حكمان
١٦٠.....	الركن الثالث: الضامن	١٢٢.....	الحكم الأول: نقل الضمان
١٦٠.....	الركن الرابع: المضمون به		الحكم الثاني للقبض: تسلط المشتري على
١٦١.....	الركن الخامس	١٢٣.....	التصرف
	الركن السادس في الصيغة وما يقرن بها من	١٢٦.....	النظر الثاني: في صورة القبض وكيفيته
١٦٣.....	شرط وتقيد	١٢٨.....	النظر الثالث في وجوب البداية بالقبض
١٦٥.....	الباب الثاني: في حكم الضمان الصحيح		القسم الرابع من: كتاب البيع في موجب
١٦٥.....	الحكم الأول	١٢٩.....	الألفاظ المطلقة في البيع، وهي ثلاثة أقسام
١٦٥.....	الحكم الثاني	١٢٩.....	الأول الألفاظ المطلقة في العقد
١٦٥.....	الحكم الثالث	١٣٠.....	القسم الثاني: ما يطلق في الثمن
١٦٦.....	الحكم الرابع: الرجوع بعد الأداء		القسم الثالث من الألفاظ ما يطلق في البيع،
١٦٨.....	الباب الثالث: في الاختلاف	١٣٣.....	وهي في غرضنا ستة ألفاظ
١٧٠.....	كتاب الشركة	١٣٣.....	اللفظ الأول: الأرض
١٧٠.....	الفصل الأول: في أركانه، وهي ثلاثة	١٣٦.....	اللفظ الثاني: الباغ
١٧٠.....	الأول: المال الذي فيه الشركة	١٣٦.....	واللفظ الثالث: الدار
١٧٢.....	الركن الثاني: صيغة العقد	١٣٧.....	اللفظ الرابع: اسم العبد
١٧٢.....	الركن الثالث: العاقدان	١٣٧.....	اللفظ الخامس: الشجر
١٧٢.....	الفصل الثاني: في حكم الشركة الصحيحة	١٣٩.....	اللفظ السادس: أسامي الثمار
		١٤٥.....	القسم الخامس من كتاب العبيد

٢١٨.....	<u>الأول: المعبر</u>	١٧٣.....	<u>الفصل الثالث: في الاختلاف</u>
٢١٨.....	<u>الثاني: المستعبر</u>	١٧٦.....	<u>كتاب الوكالة</u>
٢١٨.....	<u>الثالث: المعار</u>	١٧٦.....	<u>الباب الأول: في أركانها، وهي أربعة</u>
٢١٩.....	<u>الرابع: صيغة الإعارة</u>	١٧٦.....	<u>الأول: ما فيه التوكيل</u>
٢١٩.....	<u>أما أحكامها فتلاثة</u>	١٧٩.....	<u>الركن الثاني: الموكل</u>
٢١٩.....	<u>الأول: الضمان</u>	١٨٠.....	<u>الركن الثالث: الوكيل</u>
٢٢١.....	<u>الحكم الثاني: التسلط على الانتفاع</u>	١٨٠.....	<u>الركن الرابع: الصيغة</u>
٢٢١.....	<u>الحكم الثالث: الجواز</u>	١٨١.....	<u>الباب الثاني: في حكم الوكالة الصحيحة، ولها أربعة أحكام</u>
٢٢٤.....	<u>كتاب الغصب</u>	١٨١.....	<u>الأول: وجوب الموافقة والامتناع</u>
٢٢٥.....	<u>الباب الأول: في الضمان</u>	١٨١.....	<u>الحكم الثاني للوكالة: ثبوت حكم الأمانة للوكيل</u>
٢٢٥.....	<u>الركن الأول: الموجب للضمان</u>	١٨٨.....	<u>الحكم الثالث: العهدة والمطالبة</u>
٢٢٩.....	<u>الركن الثاني: في الموجب فيه، وهو الأموال</u>	١٨٩.....	<u>الحكم الرابع للوكالة: الجواز</u>
٢٢٩.....	<u>الركن الثالث في الواجب، وينقسم إلى المثل والقيمة</u>	١٩٠.....	<u>الباب الثالث: في تنازع الوكيل والموكل، وتنازعها في ثلاثة مواضع</u>
٢٣٠.....	<u>الباب الثاني في الطوارئ على المغموب في نقصان أو زيادة أو تصرف، وفيه ثلاثة فصول</u>	١٩١.....	<u>الأول: التنازع في أصل الوكالة أو صفتها</u>
٢٣٣.....	<u>الأول: في النقصان</u>	١٩٢.....	<u>النزاع الثاني: في التصرف المأذون فيه</u>
٢٣٧.....	<u>الفصل الثاني: في الزيادة</u>	١٩٤.....	<u>النزاع الثالث: في استيفاء الثمن</u>
٢٤١.....	<u>الفصل الثالث: في تصرفات الغاصب</u>	١٩٥.....	<u>كتاب الإقرار</u>
٢٤٤.....	<u>كتاب السلم والقرض: وفيه قسمان</u>	١٩٥.....	<u>الباب الأول: في أركانه</u>
٢٤٤.....	<u>القسم الأول: السلم</u>	١٩٥.....	<u>الركن الأول: المقر</u>
٢٤٥.....	<u>الباب الأول: في شرائطه</u>	١٩٨.....	<u>الركن الثاني: المقر له</u>
٢٤٥.....	<u>الباب الثاني في بيان ما يجب وصفه في المسلم فيه على التفصيل، وما يمتنع السلم فيه؛ لعزّة وجوده، أو لعدم إحاطة الوصف به</u>	١٩٩.....	<u>الركن الثالث: المقر به</u>
٢٥٠.....	<u>الجنس الأول: الحيوان</u>	٢٠٠.....	<u>الركن الرابع: صيغة الإقرار</u>
٢٥٠.....	<u>الجنس الثاني: في أجزاء الحيوان وزوائده</u>	٢٠٠.....	<u>الباب الثاني: في الآثار المجرمة</u>
٢٥٢.....	<u>الجنس الثالث: الثياب وأصولها</u>	٢٠٠.....	<u>الباب الثالث: في تعقب الإقرار بما يرفعه، وهو قسمان</u>
٢٥٣.....	<u>الجنس الرابع: الفواكه</u>	٢٠٩.....	<u>الأول: أن يعقبه بما يرفعه كله</u>
٢٥٣.....	<u>الجنس الخامس: الخشب</u>	٢١٢.....	<u>القسم الثاني: فيما يرفق ببعض الإقرار</u>
٢٥٣.....	<u>الجنس السادس: في الجواهر</u>	٢١٣.....	<u>الباب الرابع في الإقرار بالنسب، وهو قسمان أحدهما أن يقر على نفسه ويستلحق شخصاً</u>
٢٥٤.....	<u>الجنس السابع: المختلطات</u>	٢١٥.....	<u>القسم الثاني: أن يقر بالنسب على مورثه</u>
٢٥٤.....	<u>الباب الثالث: في أداء المسلم فيه</u>	٢١٨.....	<u>كتاب العارية</u>
٢٥٦.....	<u>القسم الثاني من الكتاب: النظر في القرض</u>	٢١٨.....	<u>فأما الأركان فأربعة</u>

٢٩٨.....	لازمة من أثمان السلع وهي قائمة
٣٠٨.....	<u>كتاب الحجر</u>
٣٠٨.....	<u>الفصل الأول: في السبب</u>
٣١٠.....	<u>الفصل الثاني: فيما يتخذ من التصرفات وما لا يتخذ</u>
٣١١.....	<u>كتاب المصلح</u>
٣١١.....	<u>الباب الأول: في الصحيح والفاسد</u>
٣١٣.....	<u>الباب الثاني: في التزام على الأملاك</u>
٣١٧.....	<u>الباب الثالث: في التنازع</u>
٣٢٠.....	<u>كتاب الشفعة</u>
٣٢٠.....	<u>الباب الأول: في أركان الاستحقاق، وهي ثلاثة</u>
٣٢٠.....	<u>الركن الأول: المأخوذ</u>
٣٢١.....	<u>الركن الثاني: الأخذ</u>
٣٢١.....	<u>الركن الثالث: المأخوذ منه</u>
٣٢١.....	<u>الباب الثاني: في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ منه، وفيه ثلاثة فصول</u>
٣٢٤.....	<u>الفصل الأول: فيما يحصل به الملك</u>
٣٢٥.....	<u>الفصل الثاني: فيما يذلل من الثمن</u>
٣٣١.....	<u>الفصل الثالث: في الأخذ عند التزام الشركاء</u>
٣٣٣.....	<u>الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفعة</u>
٣٣٦.....	<u>كتاب القراض</u>
٣٣٦.....	<u>الباب الأول: في أركان الصحة</u>
٣٤١.....	<u>الباب الثاني: في حكم القراض الصحيح</u>
٣٤٦.....	<u>الباب الثالث: في حكم التفاسخ والتنازع</u>
٣٥٠.....	<u>كتاب المساقاة</u>
٣٥٠.....	<u>الباب الأول: في أركانه</u>
٣٥٠.....	<u>الركن الأول: في الأصل الذي يعقد عليه العقد</u>
٣٥٢.....	<u>الركن الثاني: في المشروط للعامل وهو الثمار</u>
٣٥٣.....	<u>الركن الثالث: العمل الموظف على العامل</u>
٣٥٥.....	<u>الركن الرابع: في الصيغة</u>
٣٥٥.....	<u>الباب الثاني: في حكم المساقاة الصحيحة</u>
٣٥٨.....	<u>كتاب الإجارة</u>
٣٥٩.....	<u>الباب الأول: في أركان الإجارة</u>
٢٦٠.....	<u>كتاب الرهن</u>
٢٦٠.....	<u>الباب الأول: في أركان عقد الرهن ومصححاته، وأركانه أربعة</u>
٢٦٠.....	<u>الركن الأول: المرهون</u>
٢٦٠.....	<u>الشرط الأول: أن يكون عبثاً</u>
٢٦٠.....	<u>الشرط الثاني: أن يكون المرهون قابلاً للبيع عند حلول الحق</u>
٢٦٠.....	<u>الشرط الثالث: أن لا يمتنع إثبات يد المرتهن عليه وقضه له</u>
٢٦٦.....	<u>الركن الثاني: المرهون به</u>
٢٦٨.....	<u>الركن الثالث: الصيغة وشرطها وموجبها</u>
٢٧٠.....	<u>الركن الرابع: العاقد</u>
٢٧١.....	<u>الباب الثاني: في القبض والطوارئ قبله، وفيه قسمان</u>
٢٧١.....	<u>القسم الأول: في القبض</u>
٢٧١.....	<u>القسم الثاني: من الباب: الكلام في الطوارئ قبل القبض</u>
٢٧٣.....	<u>الباب الثالث: في حكم المرهون بعد القبض في حق المرتهن والراهن</u>
٢٧٥.....	<u>الطرف الأول: فيما حجر على المالك فيه</u>
٢٧٩.....	<u>الطرف الثاني: في بيان جانب المرتهن</u>
٢٨٣.....	<u>الطرف الثالث: في محل الوثيقة</u>
٢٨٤.....	<u>الطرف الرابع: في غاية الرهن وما به انفاكاه</u>
٢٨٥.....	<u>السبب الآخر في فك الرهن: قضاء الدين</u>
٢٨٧.....	<u>الباب الرابع: في النزاع بين المتعاقدين</u>
٢٨٧.....	<u>النزاع الأول: في العقد</u>
٢٨٨.....	<u>النزاع الثاني: في القبض</u>
٢٨٩.....	<u>النزاع الثالث: في الجنابة</u>
٢٩٠.....	<u>النزاع الرابع: فيما يفك الرهن</u>
٢٩٢.....	<u>كتاب التفليس</u>
٢٩٣.....	<u>القسم الأول: في الكتاب فيما إذا لم يكن من ثمن مبيع، أو كان ولكن المبيع هالك</u>
٢٩٣.....	<u>الحكم الأول: التصرف المحجور فيه</u>
٢٩٦.....	<u>الحكم الثاني: بيع مال المفلس وقسمته</u>
٢٩٧.....	<u>الحكم الثالث: حبسه إلى ثبوت إعساره</u>
٢٩٧.....	<u>القسم الثاني: من الكتاب فيما إذا كانت الديون</u>

٤٠٣.....	<u>الفصل الثاني: في الأحكام المعنوية</u>	٣٥٩.....	<u>الباب الأول: الصيغة</u>
٤٠٨.....	<u>كتاب الهبة</u>	٣٥٩.....	<u>الركن الثاني: الأجرة</u>
٤٠٨.....	<u>الباب الأول: في أركانها، وفيه ثلاثة</u>	٣٦٠.....	<u>الركن الثالث: المنفعة</u>
٤٠٨.....	<u>الأول: صيغة العقد</u>		<u>الباب الثاني في بيان حكم الإجارة الصحيحة،</u>
٤١٠.....	<u>الركن الثاني: في الموهوب</u>	٣٦٨.....	<u>وفيه فصلان</u>
٤١٠.....	<u>الركن الثالث: القبض</u>		<u>الفصل الأول في موجب الألفاظ المطلقة لغة</u>
	<u>الباب الثاني: في حكم الهبة الصحيحة، وفيه</u>	٣٦٨.....	<u>وعرفاً</u>
٤١١.....	<u>فصلان</u>	٣٧٤.....	<u>الفصل الثاني: في الضمان</u>
٤١١.....	<u>الأول: في الرجوع</u>		<u>الباب الثالث في الطوارئ الموجبة للفسخ،</u>
٤١٣.....	<u>الفصل الثاني: في الهبة بشرط الثواب</u>	٣٧٨.....	<u>وهو ثلاثة أقسام</u>
٤١٥.....	<u>كتاب اللقطة</u>	٣٧٨.....	<u>الأول: ما ينقص المنفعة من العيوب</u>
٤١٥.....	<u>الباب الأول: في أركانها، وهي ثلاثة</u>	٣٧٩.....	<u>القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية</u>
٤١٥.....	<u>الأول: الالتقاط</u>		<u>القسم الثالث: ما يمنع من استيفاء المنفعة</u>
٤١٦.....	<u>الركن الثاني: في الملتقط</u>	٣٨٢.....	<u>شريعاً</u>
٤١٩.....	<u>الركن الثالث: فيما يلتقط</u>	٣٨٤.....	<u>كتاب الجمالة والنظر في أحكامها وأركانها</u>
٤٢٠.....	<u>الباب الثاني: في أحكام اللقطة، وهي أربعة</u>	٣٨٧.....	<u>كتاب إحياء الموات</u>
٤٢٠.....	<u>الأول: الضمان</u>		<u>الباب الأول: في تملك الأراضي، وفيه</u>
٤٢٠.....	<u>الحكم الثاني: التعريف</u>	٣٨٧.....	<u>فصلان</u>
٤٢٣.....	<u>الحكم الثالث: التملك بعد مضي المدة</u>		<u>الأول: فيما يملك من الأراضي بالإحياء،</u>
٤٢٣.....	<u>الحكم الرابع: وجوب الرد إذا ظهر مالكه</u>	٣٨٧.....	<u>وهي الموات</u>
٤٢٥.....	<u>كتاب اللقيط</u>	٣٩٠.....	<u>الفصل الثاني في كيفية الإحياء</u>
٤٢٥.....	<u>الباب الأول: في أركان الالتقاط وأحكامه</u>	٣٩١.....	<u>الباب الثاني: في المنافع المشتركة في البقاع</u>
٤٢٥.....	<u>الأول: نفس الالتقاط</u>		<u>الباب الثالث: في الأعيان المستفادة من</u>
٤٢٥.....	<u>الركن الثاني: اللقيط</u>	٣٩٢.....	<u>الأرض كالمعادن والمياه</u>
٤٢٥.....	<u>الركن الثالث: الملتقط</u>	٣٩٦.....	<u>كتاب الوقف</u>
٤٢٧.....	<u>أما حكم الالتقاط: فهو الحضانة والإنفاق</u>	٣٩٦.....	<u>الباب الأول: في أركانه</u>
	<u>الباب الثاني: في معرفة حال اللقيط، وفيه</u>	٣٩٦.....	<u>الركن الأول: في الموقوف</u>
٤٢٨.....	<u>أربعة أحكام</u>	٣٩٧.....	<u>الركن الثاني: الموقوف عليه</u>
٤٢٨.....	<u>الحكم الأول: الإسلام</u>	٣٩٨.....	<u>الركن الثالث: الصيغة</u>
٤٣٠.....	<u>الحكم الثاني: في اللقيط</u>	٣٩٩.....	<u>الركن الرابع: في الشرائط</u>
٤٣٢.....	<u>الحكم الثالث: نسب اللقيط</u>		<u>الباب الثاني: في حكم الوقف الصحيح، وفيه</u>
٤٣٣.....	<u>الحكم الرابع: رقه وحرته</u>	٤٠٢.....	<u>فصلان</u>
		٤٠٢.....	<u>الفصل الأول: في أمور لفظية</u>

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحج^(١)

وهو ركن من أركان الإسلام، ولا^(٢) يجب في العمر إلا مرة واحدة، والنظر في: المقدمات، والمقاصد، واللواحق

القسم الأول في المقدمات

وهو الشرائط والمواقب

القول في الشرائط:

وشرائط وجوبه خمسة: الإسلام، والعقل، والحرية، والبلوغ، والاستطاعة.
وشرائط وقوعه عن فرض الإسلام أربعة: وهى ما ذكرناها إلا الاستطاعة.
وشرائط صحته دون الوقوع عن حج الإسلام على سبيل المباشرة: الإسلام، والتميز، إذ يصح من الصبى المميز أن يحج بإذن الولي.
وشرط صحته لا بطريق الاستقلال: الإسلام المحرر؛ إذ يجوز للولي أن يحرم عن الصبى الذى لا يميز، كما سيأتى.

* * *

(١) الحج: بفتح الحاء وكسرهما لغتان، وهو عبارة عن القصد. وحكى عن الخليل أن معناه: كثرة القصد إلى من تعظمه. قال الجوهرى: ثم تعورف استعماله فى القصد إلى مكة للنسك. وقال الإمام الكندى: الحج القصد، ثم خصص كالصلاة وغيرها.
وفى المعجم الوسيط: حَجَّ إليه حجًّا: قَدِمَ. وحج المكان قصده. وحج البيت: قصده للنسك.
وفى التنزيل العزيز: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾، ويقال: حَجَّ بنو فلان فلانًا. أكثروا التردد عليه. انظر: المعجم الوسيط (١/١٥٦)، ولسان العرب (٢/٧٧٨)، المصباح المنير (١/١٢١)، وقد ثبت وجوب الحج بالكتاب والسنة والإجماع.
(٢) فى الأصل «فلا» ولا يليق هنا التعقيب بالفاء.

والمقصود بيان الاستطاعة

وهي نوعان:

النوع الأول: استطاعة المباشرة:

قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وقال، عليه السلام، في تفسير الاستطاعة: «إنها زاد وراحلة»^(١).

والاستطاعة تتعلق بأربعة أمور: الراحلة، والزاد، والطريق، والبدن.

أما الراحلة: فالقدرة عليها شرط، فلا حج على القادر على المشى لما فيه من المشقة، بخلافًا لمالك.

نعم لو كان على مسافة دون مسافة القصر وجب المشى على القوى، ولا يجب على من يتضرر به، والمشى في هذا القدر كالركوب في السفر الطويل.

ومن لا يستمسك على الراحلة فلا يلزمه ما لم يقدر على حمل، فإن قدر على شق حمل ووجد شريكًا يلزمه، وإن لم يجد وكان يتسع ماله لحمل تام لكنه يكتفى بشق فلا يلزمه؛ لأن الزيادة بخسران لا مقابل له.

أما الزاد: فهو أن يملك فاضلاً عن قدر حاجته ما يبلغه إلى الحج، والمراد بالمبلغ: نفقة الذهاب والإياب في حق من له أهل ومسكن أو قريب وإن بعد.

وهل يعتبر نفقة الإياب في حق القريب؟ فيه وجهان، ووجه الاعتبار: حنين النفس إلى الأوطان.

والمراد بالفاضل عن قدر الحاجة: أن يكون وراء المسكن والعبد الذي يخدمه، ودست ثوب يلبسه، وديونه التي يفتقر إلى قضائها، وما يخلفه على أهله من النفقة، وما يحتاج إلى صرفه إلى النكاح إن لم يكن متأهلاً وخاف على نفسه العنت.

(١) الحديث عن علي، رضي الله عنه، مرفوعاً، روى بلفظ: «من ملك زاداً أو راحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً». أخرجه: الترمذي (٨١٢)، والزيدي في إتحاف السادة المتقين (٢٦٧/٤)، وابن الجوزي في الموضوعات (٢٠٩/٢)، والزيلعي في نصب الراية (٤١٠/٤)، والسيوطي في الدر المنثور (٥٦/٢)، وابن عراق في تنزيه الشريعة (١٦٧/٢)، والسيوطي في اللآلئ المصنوعة (٦٦/٢)، والتبريزي (٢٥٢١)، قال الترمذي: غريب في إسناده مقال، والحرث يضعف وهلال بن عبد الله الراوى له عن أبي إسحاق بمجهول.

وهل يجب أن يكون وراء رأس ماله الذي لا يقدر على التجاوة إلا به؟ فيه وجهان: أحدهما، وهو اختيار ابن سريج: أن رأس ماله كمسكنه وعبد. والثاني: أن رأس المال يصرف في أهبة الحج، بخلاف المسكن والعبد فإنه يحتاج إليهما في الوقت.

فرعان: أحدهما: أن من لا يملك نفقة الذهاب وهو كسوب لم يلزمه الحج؛ لأن ضرر الكسب مع السفر يزيد على ضرر المشى إلا أن تكون المسافة دون سفر القصر.

الثاني: إذا كانت الأسعار غالية ولكن وجد بثمن المثل وجب الحج، كما يجب شراء الماء بثمن المثل، وإن غلا بحكم الحال، ولو كان لا يباع الزاد إلا بغير لم يجب.

أما الطريق: فشرطه أن يكون خالياً عما يوجب خوفاً في النفس، والبضع، والمال. أما النفس: فإن كان في الطريق مسيع لم يجوز الخروج، ولو كان في الطريق بحر اختلف فيه نص الشافعي، رضى الله عنه، وللأصحاب أربعة طرق:

أحدها: إحراء القولين لما فيه من الخطر الظاهر مع غلبة السلامة. والثاني: لا يجب على المستشعر؛ لأن الجبان قد يخلع قلبه في البحر، ويجب على غير المستشعر، فينزل النصين على حالين.

والثالث: أنه لا يجب على المستشعر، وفي غيره قولان. والرابع: أنه يجب على غير المستشعر وفي المستشعر قولان. وهذا إذا كانت السلامة غالبية، فإن كان الهلاك غالباً حرم الركوب.

فرع: لو توسط البحر واستوت الجهات في التوجه إلى مكة والانصراف عنها: ففي الوجوب الآن وجهان على قولنا لا يجب ركوب البحر، أحدهما: يجب؛ لأن الركوب لا بد منه في كل جهة. والثاني: لا؛ لأن الشرع ليس يكلفه ذلك في طريق الحج، وله أن يتكلف ذلك في غرضه وهو قريب من المحصر إذا أحاط به العدو، وفيه خلاف.

أما البضع: فالمرأة كالرجل في الاستطاعة، لكنها عورة مقصودة تحتاج إلى محرم يذرقها^(١)، فإن لم يجد لم يلزمها الخروج إلا إذا كان الطريق آمناً، ووجدت نسوة ثقات.

(١) بَذَرَقَ: خضر. ومه قول المتنبي حين سئل أن يتخذ خفراء في سفره: «أَبَذَرَقُ ومعنى سيفي؟». البَذَرَقَةُ: الخُرَّاسُ يتقدمون القافلة، والبَذَرَقَةُ: أبحر الحراسة، والبَذَرَقَةُ: الأمان يعطاه المسافر. انظر المعجم الوسيط (٤٥/١)، وفي هذه المسألة أخبار منها حديث ابن عباس مرفوعاً: «لا يخلو رجل بامرأة، ولا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم». أخرجه البخاري (٣٠٠٦)، ومسلم (١٣٤١/٤٢٤)، وروى نحوه ابن عمر، وأبو هريرة، وأبو سعيد، رضى الله عنهم، في الصحيحين وغيرهما.

وقال القفال: لا يلزم ما لم يكن مع كل واحدة منهن محرم، فقد ينوبهن أمر يفتقرن إلى الاستعانة بذات المحرم.

وأما المال: فلو كان على المرائد من يطلب ما لا يلزمه الحج؛ لأنه خسران لا مقابل له، ولو وجد بذرة بأجرة ففي لزوم الأجرة وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه خسران لدفع الظلم فصار كالتسليم إلى الظالم.

والثاني: يجب؛ لأنه من جملة أهبة الطريق، فأجرة البزقة ككراء الدابة، وإذا لم يخرج محرم المرأة إلا بالأجرة ففي وجوبها عليها وجهان مرتبان، وأولى بأن يجب؛ لأنها لا تنفك عن هذه الحاجة فكانت من أهب سفرها.

أما المتعلق الرابع للاستطاعة فهو البدن: ولا يعتبر فيه إلا قوة يستمسك بها على الراحلة، والأعمى يجب عليه الحج ولكن يحتاج إلى قائد احتياج المرأة إلى محرم، والمجنون لا حج عليه ولو حج به الولي فطاف به صحر حجه، ولكن مؤن السفر من مال الولي، وأما المحجور عليه بالتبذير فيلزمه الحج، وللولي أن ينفق عليه وينصب عليه قواماً إلى الحج.

هذه أركان الاستطاعة، أما أحكامها فثلاثة:

الأول: أن وجوب الحج يستقر في الذمة إذا دامت الاستطاعة مدة تتسع للحج لو اشتغل به، ولو افتقر أو جن قبل مضي مدة الإمكان تبين أنه لم يكن واجباً، ولو تخلف بعد الاستطاعة فمات بعد حج الناس وقبل رجوعهم، فالحج مستقر في ذمته يخرج من تركته؛ لأنه لو خرج لكان موته بعد الحج، وكذلك لو طرأ العصب^(١) في هذا الوقت، ولو هلك ماله بعد حج الناس حيث تعتبر نفقة الإياب.

قال الصيدلاني: تبين أنه لم يكن لازماً؛ لأننا لو علمنا هذا في الابتداء لم يلزمه الخروج، بخلاف ما لو علمنا مثلاً، أنه يموت بعد يوم النحر، فإنه كان يلزمه الخروج.

الثاني: أن وجوب الحج على التراخي عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، فلا يعصى بالتأخير من السنة الأولى، ولكنه لو مات يخرج من تركته، والظاهر أنه يلقي الله عاصياً إذا جاز له التأخير بشرط سلامة العاقبة، وكان على غرر في التأخير، ومنهم من قال: لا يعصى

(١) عَصَبٌ فلاناً عن حاجته: رده ومنعه عنها، وعَصَب فلاناً بلسانه: شتمه. وعَصَب المريض فلاناً: لازمه زمناً طويلاً وقطعه عن الحركة. والأعصب قصير اليد، ومن لا نصير له، ومن لا أح له، جمعه عُصَبٌ. انظر: المعجم الوسيط (٦٠٦/٢).

إذ أخر عازماً على الامتثال ومات فجأة، نعم إن استشعر من نفسه العضب عصي بالتأخير.

فرع: إذا أخر مع القدرة وطراً العضب: عصي لتعذر المباشرة، ويلزمه الاستنابة على التنضيق، بخلاف ما لو بلغ معضوباً فإن الاستنابة في حقه على التراخي كالمباشرة في حق القادر.

وذكر الفوراني وجهاً: أنه لا تنضيق الاستنابة في العضب الطارئ، ثم قال: إن ضيقنا فهل للقاضي أن يستأجر عليه عند امتناعه إجباراً؟ فيه وجهان، ووجه التجويز: تشبيهه بالزكاة لتطرق النيابة إليه.

الثالث: أن من لم يؤد حج الإسلام لا يجوز له أن يحج أحيراً عن غيره، أو يتطوع قبل الفرض أو يؤدي قضاء أو نذراً قبله؛ لما روى: أنه عليه السلام، رأى رجلاً يلبي عن شبرمة، فقال عليه الصلاة والسلام: «من شبرمة؟» فقال: صديق لي، فقال عليه الصلاة والسلام: «أحججت عن نفسك؟» فقال: لا، فقال: «هذه عنك ثم حج عن شبرمة»^(١)، فبهذا عرف أن غير حجة الإسلام لا تقدم عليها، ويستوى في هذا العاجز والمستطيع؛ لأن العاجز إذا حضر وقع حجه عن حجة الإسلام، وكما لا يقدم التطوع عن حجة الإسلام لا يقدم على القضاء والنذر، وفي الترتيب بين القضاء والنذر تردد، والأولى تقديم القضاء.

أما الأجير إذا انتهى إلى الميقات فنوى التطوع عن نفسه قال الشيخ أبو محمد: ينصرف إلى المستأجر؛ لأنها حجة واجبة فتقدم، وهو بعيد؛ لأنه وجوب تقتضيه الإجارة دون وضع الحج.

النوع الثاني: استطاعة الاستنابة

والنظر في ثلاثة أطراف:

(١) أخرجه: أبو داود (١٨١١)، وابن ماجه (٢٩٠٣)، والدارقطني (٢٦٩/٢)، (٢٧٠)، والطبراني (٤٣/١٢)، وابن عبد البر في التمهيد (١٣٨/٩)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢٢٣/٣)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٢٥٢٩)، والبيهقي (٣٣٦/٤)، وقال: إسناده صحيح وليس في هذا الباب أصح منه. قال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنيرة» (٣٤٥/١): إسناده عسى شرط مسلم، وقد أعله الطحاوي بالوقف والدارقطني بالإرسال، وابن المغلس الظاهري بالتدليس، وابن الجوزي بالضعف وغيرهم بالاضطراب والانقطاع، وقد زال ذلك كله بما أوضحناه في الأصل. انتهى. انظر: نيل الأوطار (٢٩٣/٤).

الطرف الأول: في حالة جواز الاستنابة، وله شرطان:

الأول: العجز عن المباشرة بالموت أو بزمانه لا يرجى زوالها.

وقال مالك: تختص الاستنابة بحالة الموت لورود الحديث فيه^(١). لكننا نقول: الحى العاجز الميئوس عنه أولى بالاستنابة لقدرته^(٢) على النية.

ثم لو ظهر اليأس وفرغ الأجير من الحج فزال العضب ففى وجوب الإعادة قولان؛ أحدهما: أنه يجب؛ لأنه بان زوال العجز. والثاني: أن حج الأجير وقع موقعه فلا ينقض.

فإن قلنا: لم يقع، فيقع عن الأجير أو عن تطوع المستأجر؟ فيه وجهان، أحدهما: عن الأجير؛ لأنه لو وقع عن المستأجر لسبق النفل الفرض. والأصح أنه يقع عن المستأجر؛ لأن هذا عذر في التقديم كعذر الصبي والرق.

فإن أوقفنا عن الأجير ففى أجرته ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يستحق، لوقوعه عنه. والثاني: نعم؛ لأنه عمل ما عليه. والثالث: أنه يستحق أجر المثل دون المسمى؛ لتبين فساد الإجارة.

ولو كان العضب يرجى زواله فاستناب، واتصل العضب بالموت، ففى وقوع حج النائب عنه قولان كما سبق.

(١) وهو عن ابن عباس: أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: «إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أناحج عنها؟ قال: نعم، حجي عنها أريت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته اقضوا لله، فالله أحق بالوفاء». أخرجه: البخارى (٦٦٩٩)، وأحمد (٣٤٥/١)، والدارقطنى (٢٦٠/٢)، والبيهقى (٣٣٥/٤)، وابن خزيمة (٣٤٦/٤)، والطبرانى (١٥/١٢)، والبقوى فى شرح السنة (١٧/٤، ١٨)، وابن الجارود (ص ١٧٨).

(٢) ما ذهب إليه الإمام الغزالي من باب المفهوم الذى دل عليه النص فى غير محل النطق بأن يكون حكماً له وحالاً من أحواله، والمسكوت عنه هنا وهو «العاجز الميئوس منه»، أولى بالحكم من المنطوق وهو «الميت» وهو ما يسمى بفحوى الخطاب. وهذه القاعدة الأصولية لا يلجأ إليها المقيّم إلا إذا لم يجد دليلاً للمسكوت عنه، وهاهنا دليل لا أعلم لماذا لم يستدل به المصنف هنا على أن العاجز منطوق لا مفهوم لقوة المنطوق. ففى صحيح البخارى (ح ١٥١٣) عن عبد الله ابن عباس، رضى الله عنهما، قال: كان الفضل رديف رسول الله ﷺ فجاءت امرأة من خثعم، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه، وجعل النبي ﷺ يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر، فقالت: يا رسول الله، إن فريضة الله على عباده فى الحج أدركت أبى شيخاً كبيراً لا يثبت على الراحلة، أناحج عنه؟ قال: «نعم»، وذلك فى حجة الوداع. وسيأتى للمصنف ذكر طرف من هذا الحديث.

الشرط الثاني: أن يكون المستتاب فيه حجاً مفروضاً، أما التطوع ففيه قولان: أحدهما: المنع؛ لأنه خارج عن القياس، وقد ورد الحديث في حجة الإسلام.

والثاني: نعم؛ لأنه إذا تطرق النيابة إليه كان التطوع في معنى الفرض.

أما إذا لم يكن على الميت حجة الإسلام لعدم الاستطاعة، ففي استحجار الوارث عنه طريقان، أحدهما: طرد قول التطوع؛ لأنه تبرع. والثاني: القطع بالجواز؛ لأن حج غير المستطيع يقع عن حجة الإسلام؛ ولأن الحديث ورد فيه.

روى: أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ: إن فريضة الحج أدركت أبي شيخاً زمنًا لا يستطيع أن يحج، أفأحج عنه؟ فقال: «نعم»^(١).

فروع: لا يجوز الحج عن المعضوب بغير إذنه، ويجوز عن الميت من غير وصيته، يستوى فيه الوارث والأجنبي كما في قضاء دينه. وقال أبو حنيفة: إن لم يوص لم يحج عنه وإن أوصى نفذت وصيته بالحج من ثلث ماله.

الطرف الثاني: في حالة وجوب الاستتابة:

وهو أن يستقر في ذمته ثم يطرأ العضب، أو يبلغ معضوباً قادراً على الاستتابة والقدرة عليها بماله، أو بماله يذلل له، أو بطاعة تبذل له، فأما ما يملكه فهو قدر أجرة الأجير فضلاً عن حاجته يوم الاستحجار، ولا يعتبر أن يفضل عن نفقة أهله لما بعد فراغ الأجير من الحج في مدة إيباه.

وهل يعتبر لما بين يوم الإجارة إلى الفراغ من الحج؟ فيه تردد من حيث إن هذه مدة فيها يتم الأداء. وفي زكاة الفطر لم يعتبر إلا قوت اليوم؛ لأن الفرض يتأدى في الحال.

ولو ملك أجرة ماش ففى لزومه وجهان، وجه المنع: أن الماشى على خطر فيؤدى إلى التفرير بماله.

أما القدرة ببذل الغير، فإن كان المبدول مالهً والبازل أجنبي لم يجب لما فيه من المنة، وإن كان المبدول طاعةً والبازل هو الابن وجب القبول إذ لا منة، وإن بذل الأجنبي الطاعة أو الابن المال فوجهان للتردد في المنة، والأب كالابن في بذل المال وكالأجنبي في بذل الطاعة، هذا إذا بذل الابن الطاعة رாகباً، فإن كان ماشياً فوجهان، إذ يعز على

(١) الحديث بتمامه سبق تخريجه، وأخرجه أيضاً: مسلم (٩٧٣/٢)، وأبو داود (١٨٠٩)، والترمذي (٢٦٧/٣)، والنسائي (٢٦٤١، ٢٦٤٢)، وابن ماجه (٢٩٠٧).

الأب التغير بولده، فإن كان مع المشى يعول فى زاده على الكسب أو السؤال فيه خلاف مرتب، وأولى بأن لا يجب، وإن لم يكن كسب ولا سؤال فلا يحل له الخروج، ومهما تحقق وجوب الحج فالعمرة تجب أيضاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]. وللشافعى، رضى الله عنه، تردد فى القديم فى وجوب العمرة.

الطرف الثالث: فى الاستئجار على الحج، والنظر فى شرائطه وأحكامه.

أما الشرائط: فنذكر فى الإجارة، ونذكر هاهنا أربع شرائط:

الأول: أن يكون الأجير قادراً على الحج، فإن كان مريضاً، أو كان الطريق مخوفاً، أو ضاق الوقت وطالت المسافة لم تنعقد الإجارة، ولو جرى فى وقت هجوم الأنداء^(١) والثلوج ولكن كان زواله معلوماً فالأظهر الصحة، وقيل: لا يجوز لتعذر النهوض فى الحال، ومهما صحت الإجارة وجب على الأجير الخروج مع أول رفقة، ولا يجوز التأخير إلا بعد انتظار الرفقة، فلا عذر بعد وجودها.

الثانى: أن لا يضيف الإجارة الواردة على العين إلى حجة فى السنة القابلة، إلا إذا كانت المسافة بحيث لا تقطع فى سنة فيجوز له ذلك لإمكان التشاغل بالسفر فى الحال، وإن وردت الإجارة على الذمة فله أن يعين أية سنة شاء، فإن أطلق نزل على السنة الأولى.

الثالث: كون الحج معلوماً بأعماله للأجير، ولا يحتاج إلى التعريف فى العقد، فإنه مشهور فى العرف، فإنه فرض جهل على النذور من أحدهما: لم يصح العقد.

وأما تعيين ميقات الإحرام: فيه اختلاف نص، فقيل قولان، أحدهما: يشترط؛ لأن غرض الأجير يتفاوت به. والثانى: لا؛ لأن غرض المستأجر لا يتفاوت.

وقيل: بل هو على حالين، فإن كان المستأجر له ميماً فلا غرض إلا تبرئة ذمته، فأما الحى فله غرض فى تعيين المواقيت فيلزمه ذلك.

وقيل: إن كان على طريقه ميقات تعين بالعرف، وإن كان طريقه يقضى إلى مسلكين يقضى كل واحد إلى ميقات آخر فلا بد من التعيين.

الرابع: أن لا يعقد بصيغة الجعالة، فلو قال المعضوب: من حج عنى فله مائة، فحج

(١) الأنداء وأنديّة جمع الندى: بخار الماء يتكاثف فى طبقات الجو الباردة فى أثناء الليل ويسقط على الأرض قطرات صغيرة، والندى: المطر، والندى: الجود والسخاء والخير. انظر: المعجم الوسيط (٩١٢/٢).

عنه إنسان، نقل الزنى أنه وقع عنه واستحق المائة، وخرج الأصحاب منه تصحيح صيغة الجعالة في كل ما يقبل الإجارة.

وذهب بعض الأصحاب إلى تزيفه فإن ذلك يحتمل من ضرورة الجعالة، فعلى هذا بطلت التسمية وصح الإذن واستحق المأذون أجره المثل لوقوع الحج عن الإذن.

ومهما فسدت الإجارة بفساد العوض بقى الإذن صحيحاً، ووجب أجره المثل لوقوع الحج عن الإذن. وقيل: إن الإذن يفسد بهذا العموم، فإن من قال: وكلت كل من أراد بيع دارى لم تصح الوكالة لعدم تعيين الوكيل، فكذلك هاهنا.

النظر الثالث^(١): فى أحكام الإجارة عند اختلاف أحوال الأجير، وأحواله سبعة:

الأولى: إذا فاته الحج فى السنة الأولى بامتناعه عن الخروج: انفسخت الإجارة إن كانت واردة على العين. فإن كانت واردة على الذمة، قال العراقيون: لم يفسخ وللمستأجر الخيار، كما لو أفلس المشتري بالثمن. وقال المراوزة: فيه قولان كما فى انقطاع جنس المسلم فيه، على قول: يفسخ، وعلى قول: يثبت الخيار.

فإن أثبتنا الخيار وإن كان المستأجر ميتاً فلا خيار للورثة؛ لأنه يجب عليهم صرف الأجرة إلى أجير آخر لتبرئة ذمته، والأجير الذى عينه الميت أولى، وفيه احتمال، إذ قد يكون للميت فيه مصلحة فى إبدال الأجير بمن هو أرغب منه.

الثانية: إذا خالف فى الميقات فأحرم بعمره عن نفسه، ثم أحرم بحج المستأجر فى جوف مكة فيحط شئ من أجرته، وفى القدر المحطوط قولان:

أحدهما: أن يقال: حجة من الميقات كم أجرته؟ وحجة من جوف مكة كم أجرته؟ ويعرف نسبة التفاوت، فإن كان عشرًا فيحط العشر عن المسمى.

وحقيقة هذا القول ترجع إلى أن الأجرة تقابل الحج المقصود أبدًا دون السفر الذى هو ذريعة، فلذلك لم يدخله فى الاعتبار.

والثانى: أنه يعرف التفاوت بين حجة من البلد الذى استأجر فيها، وحجة من جوف مكة، فيكثر التفاوت، فيحط عن أجرته، وحاصل هذا: أن السفر إن كان تقابله الأجرة فلا يحسب له فى هذا القول؛ لأنه صرفه إلى عمرة نفسه.

(١) فى الأصل «الطرف الرابع» وهو خطأ، وأثبتنا الصواب من طبعة دار السلام بالمقابلة بأصول أخرى.

المسألة بحالها: لو عاد إلى الميقات وأنشأ الإحرام بالحج عنه، فإن لم تقابل السفر بأجرة أصلاً استحق تمام الأجرة، وإن قابلنا أحبطنا ما قابل المسافة التي صرفها إلى عمرته. فإن حسبنا له السفر استحق تمام الأجرة. فإن أحبطنا المسافة هاهنا لصرفها إلى عمرته، فيضبط التفاوت بين أجرة حجة من بلدة نهضتها، ومن الميقات إحرامها، وبين حجة أنشئت من الميقات من غير سبق سفر، ويحط من المسمى بنسبته.

المسألة بحالها: لم يعتمر أصلاً، لكن أحرم من جوف مكة، فما صرف السفر إلى نفسه لكن لزمه دم الإساءة، فهل ينحبر بالدم ما يحط من الأجرة؟ فيه قولان: أحدهما: ينحبر فلا يحط شيء. والثاني: يحط؛ لأن الدم وجب حقاً لله تعالى، ومقصود المستأجر لا ينحبر، فعلى هذا يعود الخلاف في أن السفر هل يحسب له في توزيع الأجرة؟ وهاهنا أولى بأن يحسب. وإن قلنا: إنه ينحبر بالدم، فلو كان قيمة الدم تنقص عما يقتضيه الحط فقدّر التفاوت هل يحط؟ فيه وجهان.

المسألة بحالها: عين له الكوفة ليحرم بها فجاوزها، ففي لزوم دم الإساءة وجهان، مأخذهما: التردد في أن تعيينه هل يلحق بتعيين الشرع؟ فإن قلنا: يجب الدم، عاد الخلاف في أنه هل يجبر النقصان؟ وإن قلنا: لا يجب، عاد الخلاف في أن المسافر هل يحسب له؟ ولا خلاف أنه لو ارتكب محظوراً غير مفسد لزمه الدم، ولا حط؛ لأنه أتى بتمام العمل.

الثالثة: إذا خالف في الجهة بأن استأجره على القران فأفرد، فقد زاد خيراً، ولو قرن بإذنه فأصح الوجهين: أن دم القران على المستأجر، وكأنه قرن بنفسه، والثاني: على الأجير؛ لأنه التزم تحصيل الحج والعمرة بطريق القران، وتمة القران بالدم فليف به، ولو استأجره على الأفراد فقرن فالدم على الأجير قطعاً، والحج والعمرة واقعان عن المستأجر؛ لأن الشرع جعل القران كالإفراد. وهل يحط شيء من الأجرة مع جبره بالدم؟ فيه خلاف السابق.

وإن أمره بالقران فتمتع فوجهان، أحدهما: أنه كالقران؛ لأنه إن نقص في إحرام الحج من الميقات فقد زاد في العمل. والثاني: أن زيادته غير محسوبة، فإنه غير مأمور به، وعلى هذا فالدم عليه؛ لأننا جعلناه مخالفاً، وإن جعلناه موافقاً فالوجهان في الدم عائدان.

الرابعة: إذا جامع الأجير: فسد حجه، وانفسخت الإجارة إن كانت وردت على عينه لفوات الوقت، ولزمه القضاء لنفسه ورد الأجرة. وإن وردت على ذمته لم تنفسخ وعليه القضاء في السنة الثانية.

فإذا قضى فهل يقع عن المستأجر؟ فعلى وجهين، أحدهما: لا؛ لأن القضاء يقع عمن انصرف الفاسد إليه، فعلى هذا عليه أن يحج عن المستأجر حجة أخرى سوى القضاء.

والثاني: أنه يقع عنه، فإنه لو عم الأول لوقع عنه، وهذا قضاء الأول.

الخامسة: لو أحرم عن مستأجره، ثم صرف إلى نفسه على ظن أنه ينصرف إليه وأتم الحج، فالحج عن المستأجر. وفي استحقاقه الأجرة قولان، ووجه السقوط: أنه قصد أن يعمل لنفسه، وهما جاريان في الصباغ إذا جحد الثوب وصبغه لنفسه في أنه هل يستحق الأجرة؟.

السادسة: إذا مات الأجير في أثناء الحج، يقدم على هذا أن مات في أثناء حجة فهل لورثته أن يستأجر من ينني على حجه ويأتي بالبقية؟ فيه قولان: أحدهما: نعم؛ لأن الاستنابة في بعضه كالاستنابة في كله. والثاني: لا؛ إذ يعد أداء عبادة واحدة من شخصين.

فإن جوزنا فمات قبل الوقوف: أحرم الأجير من حيث انتهى إليه المستأجر عنه ولا ضرر في وقوعه وراء الميقات.

وإن مات بعد الوقوف وبعد طلوع الفجر من يوم النحر، قال المرازقة: يحرم الأجير وإن لم يكن في أشهر الحج؛ لأن هذا بناء على ما سبق في الأشهر. وقال العراقيون: يحرم بعمره ويأتي ببقية أعمال الحج، ولا يأتي بمناسك منى، وهو بعيد.

وإن مات بين التحللين فقياس المرازقة أن يأتي بإحرام، حكمه أن لا يمنع اللبس والقلم، وإن مات بعد التحللين فلا يبقى للإحرام وجه، فيتعين الرجوع إلى إبدال المناسك الواقعة بعد التحللين، رجعنا إلى الأجير فإن جوزنا البناء فالمستأجر متمكن منه فيستحق ورثة الأجير قسطاً من الأجرة؛ لأن ما سبق لم يحبط. وإن قلنا: لا يمكن البناء، فقد حبط ما سبق، ففي استحقاق قسط من الأجرة وجهان، أحدهما: لا؛ لأنه لم يحصل له غرض. والثاني: نعم؛ لأنه أتى ببعض ولم يقصر في البعض.

فإن قلنا: يستحق قسطاً، ففي التوزيع وجهان، أحدهما: أنها لا تحسب المسافة، بل يتبدئ التقدير من وقت الإحرام، فما يقابله يستحق. والثاني: تحسب المسافة؛ لأنه من عمله، وعلى هذا يستحق الأكثر لا محالة.

وإن مات قبل الإحرام ففي احتساب السفر خلاف مرتب، وأولى بأن لا يحسب؛ لأن الذريعة إذا لم تتصل بالمقصود لا يبقى لها حكم، وإن كانت الإجارة واردة على الذمة

فلا تنفسخ، بل يبقى الحج ديناً في تركه الأجير فيستأجر وارثه من تركته من يتم على قول تجويز البناء، أو من يتدنى حجاً على قول المنع.

السابعة: لو أحصر الأجير فتحلل فهو كالملوث، وإن فاتته الحج بعد الإحرام فهو كالإفساد؛ لأنه يجب القضاء ولا يستحق شيئاً في مقابلة عمله، وذكر العراقيون وجهاً أنه يستحق قسطاً.

* * *

المقدمة الثانية للحج

النظر في المواقيت

ويراد بالمواقات الزمان^(١) والمكان.

أما المواقات الزماني للحج: فشهر شوال، وذو القعدة، وتسع من ذي الحجة، وفي ليلة العيد إلى طلوع الفجر وجهان، أحدهما: الصحة؛ لبقاء وقت الوقوف. والثاني: لا يصح، ولكن يدوم في حق الوقوف.

وقال أبو حنيفة: جميع السنة وقت لإحرام الحج.

أما العمرة: فجميع السنة وقتها، ولا يكره في وقت كراهية الصلاة، ولا في سائر الأوقات، إذا كان متحلياً عن النسك.

أما الحج العاكف بمنى، فالمعرج على الرمي والمبيت لا تنعقد عمرته في هذا الوقت؛ لأنه يحرم عليه الاشتغال بعمل العمرة في هذا الوقت؛ لوجوب الرمي والمبيت.

فرع: إذا أحرم قبل أشهر الحج: انعقد إحرامه، ولم يكن حجاً، ويتحلل بعمل عمرة. وهل تقع عمرته صحيحة حتى يتأدى بها عمرة الإسلام؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إذا بطل الحج بقي إحرام مطبق، وينصرف إلى العمرة.

والثاني: أنه لا يقع عمرة، بل هو كمن فاتته الحج، يتحلل بعمل عمرته عن إحرامه، ولا تتأدى عمرته به، وقيل: إن صرفه إلى العمرة انصراف إليه.

أما المواقات المكاني: فالحاج أربعة أصناف:

الأول: الآفاقي المتوجه إلى مكة على قصد النسك، عمرة كان أو حجاً، فعليه أن يحرم

(١) المواقيت: جمع موقات، وهو الوقت المضروب للفعل. والمواقات: الموعد الذي جعل له وقت. والمواقات: الموضع الذي جعل للشيء يفعل عنده. انظر: المعجم الوسيط (١٠٤٨/٢).

من الميقات، وميقات أهل المدينة ذو الحليفة، وميقات أهل الشام الجحفة، ولأهل اليمن يلملم، ولأهل نجد اليمن ونجد الحجاز^(١) قرن، ولأهل المشرق ذات عرق؛ لتعيين عمر، رضى الله عنه، ذلك^(٢)، واستمر الناس عليه، واستحب الشافعي، رضى الله عنه، أن

(١) ثبتت تلك المواقيت من حديث ابن عمر، وابن عباس، رضى الله عنهم، فمن طرق عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «يهل أهل المدينة من ذى الحليفة، ويهل أهل الشام من الجحفة، ويهل أهل نجد من قرن»، قال ابن عمر: وذكر لي ولم أسمع أن رسول الله ﷺ قال: «ومهل أهل اليمن من يلملم»، أخرجه: البخارى (ح ١٥٢٥)، ومسلم (١٣/١١٨٢)، والنسائي (٢٦٥٥)، وابن ماجه (٢٩١٤)، والدارمي (١/٢٨٩)، ومالك (١/٣٢٠)، والشافعي (١/٢٨٩)، أما حديث ابن عباس فأخرجه: البخارى (١٥٢٦)، ومسلم (١١/١١٨١)، وأبو داود (١٧٣٨)، والنسائي (١٢٣/٥، ١٢٤)، والدارمي (١/٣٦١، ٣٦٢)، وأحمد (١/٢٣٨)، والدارقطني (٢/٢٣٧).

(٢) اختلف العلماء فيمن أقت لأهل المشرق ذات عرق، فمنهم من قال: عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، كما ذهب إلى ذلك المصنف، ومنهم من قال: رسول الله ﷺ هو الذى أقت لأهل العراق، روى ذلك جابر، وابن عباس، وعائشة، رضى الله عنهم. أما حديث جابر فمن طريق ابن جريج عن أبي الزبير: أنه سمع جابر بن عبد الله يسأل عن المهل فقال: سمعت، ثم انتهى، أراه يريد رسول الله ﷺ فقال: «مهل أهل المدينة من ذى الحليفة والطريق الآخر الجحفة، ومهل العراق من ذات عرق، ومهل أهل نجد من قرن، ومهل أهل اليمن من يلملم». أخرجه مسلم (ح ١٦، ١٨، ١١٨٣)، وابن ماجه (٢٩١٥)، والشافعي (١/٢٩٠)، وأحمد (٣/٣٣٣)، والدارقطني (٢/٢٣٧)، والبيهقي (٥/٢٧)، ورواية ابن ماجه فيها زيادة تفرد بها إبراهيم بن يزيد الخوزي وهو متروك. والحديث عن جابر له طرق أخرى ضعيفة.

حديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ وقت لأهل المشرق» أخرجه: أبو داود (٢/٣٥٦)، والترمذى (٣/١٩٤)، وقال: حديث حسن، والبيهقي (٥/٢٨)، وقال: تفرد به يزيد بن أبي زياد. قست: يزيد بن أبي زياد الكوفي مشهور سبئ الحفظ. قال ابن حبان: صدوق إلا أنه كبير وساء حفظه، وكان يتلقن. وقال يحيى: ليس بالقوى. وقال أيضاً: لا يحتج بحديثه. انتهى، ذكر ذلك الذهبي فى المغنى فى الضعفاء (٢/٧١٠). والحديث لو علته يزيد فقط لكان حسناً كما قال الترمذى، ولكن له علة أخرى ذكرها أهل الحديث وهي أن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس، رضى الله عنهما، روى عن جده ولم يسمع منه ولا لقيه فيكون الحديث ضعيفاً بالانقطاع. انظر: تلخيص الحبير (٢/٢٢٩) ونصب الراية (٣/١٤) وللحديث طرق أخرى ضعيفة أيضاً.

وروى عن عائشة نحوه أيضاً، وهو ضعيف أيضاً ذكره: ابن عدى فى الكامل (١/٤١٧)، والبيهقي (٥/٢٨)، والدارقطني (٢/٢٣٦)، وأبو داود (٢/٣٥٤، ٣٥٥). أما حديث عبد الله بن عمر والذى فيه: أن عمر، رضى الله عنهما، أقت لأهل العراق ففى صحيح البخارى (ح ١٥٣١).

يحرم من العقيق قبل ذات عرق؛ لورود خبر مرسل فيه.

ثم هذه المواقيت لأهلها، ولكل من مر بها من سائر البلاد، ويكفيه أن يحرم من موضع بإزاء ميقاته، فإن المقصود مقدار بعده عن مكة، والأولى أن يحرم من أول الميقات، وإن أحرم من آخره فلا بأس.

فروع أربعة: الأول: راكب التعاسيف إذا لم يته إلى ميقات: أحرم من حيث يوازي أول الميقات فهو ميقاته. ولو حاذى ميقتين نسبنا إحرامه إلى أى الميقتين أردنا. فإن كان أحدهما أبعد من مكة، وكان أقرب من موقعه من الآخر نسبنا إليه، وإن كان بينهما على سواء فوجهان، أحدهما: النسبة إلى الأبعد. والثاني: إلى الأقرب، وتبين فائدته فيمن جاوز غير محرم ولزمه العود وعسر الرجوع إلى موقعه بالضلال، فإلى أى الميقتين يرجع، ولو رجع إلى موقعه كفاه، بل يكفي كل مجاوز أن يعود إلى مثل تلك المسافة، وإن لم يعد إلى ذلك الموقف بعينه.

الثاني: الغريب إذا أتى من جانب ولم يمر بميقات ولا حاذاه، فيحرم على مرحلتين من مكة؛ نزولاً على قضاء عمر، رضى الله عنه، في تأقيت ذات عرق لأهل المشرق، والتفتاً إلى حد المذهب في حاضرى المسجد الحرام.

الثالث: مهما جاوز الموضع الذى هو ميقات فى حقه فقد أساء، فعليه الدم، فإن عاد ولكن بعد دخول مكة لم ينفعه العود، وإن قبل دخول مكة وقبل مجاوزة الميقات من مسافة القصر سقط دم الإساءة، وصار متداركاً بإحرامه من الميقات، وإن جاوز مسافة القصر فوجهان؛ لأنه إذا بعد انقطع طريق التدارك، هذا إذا عاد وأنشأ الإحرام من الميقات، فإن أنشأ الإحرام حيث انتهى وعاد إلى الميقات محرماً ففى كونه متداركاً وجهان، فإن جعلناه متداركاً فلا يلزمه أن يعود مليئاً، خلافاً لأبى حنيفة.

الرابع: لو أحرم قبل الميقات فهو أفضل، قطع به فى القديم، وقال فى الجديد: يكره، وهو متأول، ومعناه: أن يتوقى المخيط والطيب من غير إحرام، وإذا قال رسول الله ﷺ: «من تمام الحج والعمرة أن يحرم بهما من ديرة أهله»^(١).

(١) هذا الحديث ثبت مرفوعاً من حديث أبى هريرة، قال السيوطى فى الدر المنثور (٢٠٨/١): «أخرج ابن عدى والبيهقى، عن أبى هريرة، رضى الله عنه، عن النبى ﷺ فى قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ قال: «إن من تمام الحج أن تحرم من ديرة أهلك» ورواه المتقى الهنذى فى كنز العمال (١١٩٠٧)، قال الشوكانى: وأخرجه الشافعى فى الأم عن عمر، والحاكم فى المستدرک بإسناد قوى عن على عليه السلام. أ.هـ. قلت: أى موقف عليهما. انظر نيل الأوطار (٢٩٩/٤).

الصف الثاني: من يتوجه إلى مكة لتجارة لا للنسك، فهل يلزمه أن يدخل مكة محرماً من الميقات؟ فيه قولان. فإن قلنا: لا يلزمه، فليجأوزه ولا إساءة، فإن سنع له بعد ذلك أن يحرم فميقاته عند ظهور قصد النسك، فإن جأوزه فهو كما لو جاوز الميقات.

الصف الثالث: من مسكنه بين الميقات وبين مكة، فميقاته مسكنه فلا يجأوزه.

الصف الرابع: المقيم بمكة، مكياً كان أو آفاقياً، فميقاته مكة، والأفضل أن يحرم من باب داره أو في المسجد قريباً من البيت فيه اختلاف نص. فإن خرج المكى إلى الحل وأحرم بالحج فهو مسيء يلزمه الدم أو العود.

وإن أحرم بعد مفارقة العمران وقبل الانتهاء إلى الحل وأحرم بالحج: فوجهان، منشؤهما أن الميقات في حقهم هو الحرم أو خطة مكة.

أما العمرة: فميقاتها كميات الحج إلا في حق المكى والمستوطن بها، فإن عليهم الخروج إلى أطراف الحل ولو بخطوة في ابتداء الإحرام أو دوامه على رأى، وأفضل أطراف بقاع الحل الجعرانة، وهي التي أحرم رسول الله ﷺ بها، وبعده التنعيم وهو أقرب إلى الحرم، وقد اعتمرت عائشة، رضى الله عنها، منه، وبعده الحديبية.

فرع: لو أحرم من مكة في الحرم ولم يخرج إلى الحل: ففي الاعتداد بعمرته قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إساءة في الميقات، فلا تمنع الاعتداد كالحج.

والثاني: لا؛ لأن الجمع بين الحل والحرم ركن في الحج، فإن عرفة من الحل فكذلك في العمرة، فعلى هذا إن خرج إلى الحل ثم أعاد الطواف والسعى كفاه.

* * *

القسم الثاني من الكتاب: في المقاصد

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في وجوه أداء النسكين

وله ثلاثة أوجه:

الأول: الأفراد

وهو أن يحرم بالحج من ميقاته أولاً، فإذا فرغ خرج إلى طرف الحل وأحرم بالعمرة، وكذا لو قدم العمرة في غير أشهر الحج ثم حج من الميقات فهو مفرد.

الوجه الثاني: القران

وهو أن يحرم بهما جميعاً، فتندرج العمرة تحت الحج، ويكون حاله حال الحج المفرد، وكذا لو أحرم بالعمرة ثم أدخل الحج عليه قبل الشروع في أعمال العمرة، فإن غاض في الطواف فأدخل عليه الحج لغا إدخاله؛ لأن أعمال العمرة من أسباب التحلل، فلا يمكن القران مع اختلاف الإحرام، وفي إدخال العمرة على الحج قولان، أحدهما: الجواز كعكسه. والثاني: لا؛ لأنه لا يتغير حكم الحج بدخول العمرة عليه، بخلاف العمرة، فإنها تتغير بزيادة دخول الحج. فإن جوزنا ففي وقته أربعة أوجه:

أحدها: أنه لا يجوز ما لم يشتغل بعمل، ولو بطواف القدوم. والثاني: أنه يجوز ما لم يشتغل بركن، ولو بالسعى بعد طواف القدوم. والثالث: يجوز ما لم يخرج وقت الوقوف وإن سعى من قبل؛ لأن الحج عرفة. والرابع: يجوز وإن فات وقت الوقوف ما لم يشتغل بأسباب التحلل.

وعلى هذا لو كان قد سعى فالصحيح: أنه لا يلزمه إعادة السعى؛ لأنه إذا صار قارئاً حصل الاندراج. وقيل: لا يكتفى بالسعى السابق.

ثم إذا جعلناه قارئاً لم يخرج به إلى نية القران، بل يكفي إحرامه بالنسك الثاني، ويجب على القارئ الآفاقي دم كما على المتمتع.

الوجه الثالث: التمتع

والمتمتع هو: كل آفاقي زاحم إحرام الحج لنفسه بعمرة في أشهر الحج مع نية التمتع، فيلزمه الدم لأمرين، أحدهما: ربه أحد الميقاتين إذا أحرم بالحج من مكة من غير عود إلى الميقات. والثاني: زحمة الحج في أشهره بالعمرة.

وقد اشتملت الرابطة على قبود:

الأول: الآفاقي: فمن كان من حاضري المسجد الحرام فليس عليه دم؛ لأن ميقاته للحج نفس مكة.

وحاضرو المسجد الحرام: كل من كان بينه وبين مكة ما دون مسافة القصر سواء كان مستوطناً أو مسافراً. حتى إن الآفاقي إذا جاوز الميقات غير مرید نسكاً فلما دخل مكة عن له أن يعتمر ثم يحج لم يلزمه الدم، وإن عن له ذلك قبل دخول مكة على أقل من مسافة القصر فأحرم بالعمرة من موضعه ثم حج في تلك السنة ففيه وجهان،

أحدهما: لا يلزمه كما لو كان وطنه ذلك الموضع. والثاني: يلزمه؛ لأن اسم الحاضر لا يتناول إلا إذا كان في نفس مكة أو كان مستوطناً حواليتها.

الثاني: لو كان له مسكنان، أحدهما خارج عن مسافة القصر: فحكمه حكم المسكن الذي أنشأ الإحرام منه، إلا إذا كان سكونه بأحدهما أكثر، أو كان أهله بأحدهما فالعبرة به.

الثالث: أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج، فلو تقدمت ثم أحرم بالحج من جوف مكة كان مفرداً لا متمتعاً، وهل يلزمه دم الإساءة بترك ميقات الحج؟ فيه وجهان، أحدهما: لا؛ لأنه لم يجاوز الميقات غير محرم. والثاني: نعم؛ لأن مكة ليس ميقات الحج في حق الأفاقي، فعلى هذا عليه العود إلى الميقات، فإن لم يفعل لزمه الدم.

فأما إذا وقع بعض العمرة في أشهر الحج فإن لم يسبق إلا الإحرام، ففي كونه متمتعاً وجهان. وإن سبق بعض الأفعال فوجهان مرتبان، منشوهما: أن النظر إلى أول الإحرام أو آخره.

وقطع ابن سريج بأنه لو دخل شوال وهو محرم بالعمرة لم يفارق الميقات بعد فهو متمتع.

الرابع: أن تقع العمرة والحج في سنة واحدة، فلو فرغ من العمرة فأخر الحج إلى السنة الثانية وأحرم به من مكة فلا دم عليه، إذ صارت مكة ميقاتاً له، ولو عزم على الإقامة ثم حج في السنة الأولى لم يسقط دم المتمتع، فإنه بالعمرة في الميقات التزم العود إلى الميقات أو الدم.

فرع: أن لا يعود إلى الميقات للحج، فلو عاد إليه أو إلى مثل مسافته كان مفرداً، ولو عاد إلى ميقات قرب من ذلك الميقات، ففي سقوط الدم وجهان، ولو أحرم من مكة ثم عاد إلى الميقات الأول محرماً ففي سقوط الدم قولان كما في دم الإساءة.

الخامس: وقوع النسكين عن شخص واحد، فالأجير إذا اعتمر من الميقات لنفسه وحج من جوف مكة لمستأجره فليس بمتمتع؛ لأنه لم يرحم حجاً واجباً بالشرع بل بالإجارة، وهذا الشرط زاده الحضري، ومن الأصحاب من خالفه، وعلى مذهبه يعود التردد في لزوم دم الإساءة، كما في المتمتع إذا أحرم بالعمرة قبل شوال، ودم الإساءة يخالف دم المتمتع في صفة البدل، وفي أنه يعصى ملتزمه، ويجب عليه تداركه عند الإمكان.

السادس: نية التمتع. فيه وجهان، أحدهما: تعتبر كما في الجمع بين الصلاتين حتى لو كان عند الإحرام بالعمرة على عزم أن لا يحج في هذه السنة، أو على عزم أن يعود إلى الميقات لم يكن ناوياً. والثاني: لا تعتبر هذه النية كما في القرآن.

فإن اعتبرنا النية ففي وقته وجهان، أحدهما: في أول إحرام العمرة.

والثاني: أنه يتمددى إلى آخر إحرام العمرة، كما في الجمع بين الصلاتين.

هذه شرائط التمتع، فلو جاوز المتمتع مكة ففى الإحرام بالحج كان مسيقاً ومتمتعاً فيلزمه دمان، كما يجب دم الإساءة على المكى إذا فارق مكة، ولا يكفيه دم التمتع، بل ذلك لزحمة إحرام الحج عن الميقات، ودم الإساءة لمفارقة مكة ففى إحرام الحج مع أنها ميقاته.

فإن قيل: فأى الجهات أفضل؟ قلنا: الأفراد، فإنه يتعدد فيه الميقات والعمل، والقرآن فى آخر الرتب؛ إذ يتحد فيه الميقات والعمل، والتمتع يتحد فيه الميقات ولكن يتعدد العمل فهو بينهما، وفيه قول: إن التمتع أفضل من الأفراد لاشتماله على الدم، وحكى قول آخر: أن القرآن أفضل من التمتع.

ولنذكر الآن موجب القرآن والتمتع، وهذا:

باب ما على المتمتع، والقارن فى معناه

والمتمتع إن كان موسراً فعليه إراقة دم وقت وجوبه الإحرام بالحج، وله إراقة قبل يوم النحر؛ لأنه دم جبران.

وقال أبو حنيفة: يختص به؛ لأنه دم نسك وقربان.

وفى جواز إراقة قبل الحج وبعد العمرة قولان، أحدهما: نعم؛ لأنه كفارة مالية فيقدم على أحد سببيه ككفارة اليمين. والثاني: لا؛ لأن اسم اليمين متحقق قبل الخنث، واسم التمتع إلى الحج لا يتحقق إلا بعد الحج.

فإن جوزنا ذلك ففي جوازه قبل التحلل عن العمرة وجهان، ومنشؤه أن السبب الأول يتم بإحرام العمرة أو بتمامها.

أما العاجز: فعليه صيام عشرة أيام، ثلاثة فى الحج وسبعة فى الرجوع. ويدخل وقت الثلاث بإحرام الحج، ولا يجوز قبله؛ لأنها عبادة بدنية فلا يجوز تقديمها، والأولى أن تقدم على يوم عرفة إذ الصوم مكروه فيه، وإن أخر عن النحر فأيام التشريق لا تقبله كيوم

النحر، وفي القديم قوله إنه يقبل، فإن تأخر عن أيام التشريق صار قضاء ويلزمه القضاء، خلافاً لأبي حنيفة. وحكى ابن سريج قولاً يوافق مذهب أبي حنيفة.

وأما السبعة: فأول وقتها بالرجوع إلى الوطن. وهل يجوز في الطريق بعد التوجه إلى الوطن؟ فيه وجهان. وللشافعي، رضى الله عنه، قول: إن المراد بالرجوع هو الرجوع إلى مكة، وقول آخر: إن المراد بالرجوع الفراغ من الحج، وعلى هذا لا يجوز في أيام التشريق، وإن قلنا: تقبل الأيام الثلاثة؛ لأنه لم يفرغ بعد من الحج.

والأيام السبعة لا آخر لها فلا تصير قضاء، وإن فاتت الأيام الثلاثة حتى رجع إلى الوطن فعليه عشرة أيام.

وهل يجب التفريق بين الثلاثة والسبعة؟ فيه قولان، أحدهما: نعم كما في الأداء.

والثاني: لا، كما أن قضاء رمضان لا يجب فيه الولاء، وإن كان أدائه متوالياً.

فإن قلنا: يجب، فهل يكفي يوم واحد أم يتقدر. التفريق بالقدر المتخلل في الأداء؟ فيه وجهان.

فإن قدرنا به فينتى المقدار المتخلل على معرفة معنى الرجوع، وأن أيام التشريق هل تقبل الصوم.

فإن قلنا: تقبل، والمراد بالرجوع الفراغ، فلا يتخلل بينهما فطر. فهل يجب التفريق في القضاء بيوم؟ فوجهان، ووجه الإيجاب: أن الحال قد اختلفت في الأداء بوقع الثلاثة في الحج والسبعة بعدها، فلا بد في القضاء أيضاً من فرق بالزمان بدلاً عنه.

ثم الصحيح: أنه إذا صام أحد عشر يوماً كفاه، واليوم الرابع لا يقع عن هذه الجهة ووقع تطوعاً، وفيه وجه آخر: أنه لا بد من الإفطار في اليوم الرابع.

فرعان: أحدهما: إن وجد الهدى بعد الشروع في الصوم: لم يلزمه، خلافاً للمزني.

وإن وجد قبله وبعد إحرام الحج: ابتنى على أقوال الكفارة في أن الاعتبار بحالة الأداء أم بحالة الوجوب؟.

الثاني: إذا مات المتمتع قبل الفراغ من الحج، فهل نتيين أنه لم يحصل المتمتع؟ قولان، أحدهما: نعم؛ لأن الحج لم يتم وكأنه لم يحج. والثاني: لا؛ لأنه بالشروع يحقق المتمتع.

ولو مات بعد الفراغ من الحج وقبل الرجوع إلى الوطن أخرج الدم من تركته، فإن

كان عاجزاً ومات، برئت الذمة؛ لأنه لم يتمكن في السفر، فهو كما إذا دام السفر والمرض في صوم رمضان إلى الموت. وإن مات بعد التمكن في الوطن فحكم هذه الأيام حكم أيام رمضان حتى يصوم عنه وليه أو يقضى كل يوم بمدة.

وذكر صاحب التقريب قولين آخرين:

أحدهما: أنه لا يقاس هذا على رمضان في الفدية وصوم الولي؛ لأنه غير معقول في نفسه فلم يرد إلا في رمضان.

والثاني: أنه يرجع إلى الدم إن أمكن؛ لأن صوم رمضان ليس له أصل يرجع إليه، فعلى هذا لو بقى يوم واحد أو يومان فهو كما لو حلق شعرة واحدة أو شعرتين، وسأيتي.

* * *

الباب الثاني: في أعمال الحج

ولنقدم عليه جملها: فالآفاقي إذا انتهى إلى الميقات يحرم ويتزايما بزى المحرمين، فإذا دخل مكة لم يعزم على شيء حتى يطوف طواف القدوم، وليس هذا الطواف بركن، ثم إن شاء يسعى بعده فيقع السعى ركنًا؛ إذ ليس تأخيرها عن الوقوف شرطًا في كونه ركنًا بخلاف الطواف، ثم يصبر إلى اليوم السابع من ذى الحجة، فيخطب بهم الإمام ويوصيهم بالكور يوم التروية إلى منى، وبالنهوض إلى عرفة، فيمتدنون يوم التروية إلى منى، ويبيتون ليلة عرفة بها، وذلك مبيت منزل وعادة لا مبيت نسك، ثم يصبحون يوم عرفة متوجهين إليها، فيوافونها قبل الزوال، ويشغلون بالدعاء ويقبضون منها عند الغروب إلى مزدلفة، ويصلون المغرب مع العشاء ويبيتون بها، وهذا المبيت نسك، ثم يصلون الصبح يوم النحر مغلسين، ويتوجهون إلى منى وعلى طريقهم المشعر الحرام، فإذا انتهوا إليه وقفوا إلى الإسفار، ثم يجاوزونه إلى وادي محسر فيسرعون فيها علوًا وركضًا، ثم يوافون منى عند طلوع الشمس، ويرمون ويحلقون ويدبحون، ثم يقبضون إلى مكة ويطوفون طواف الركن ويسمى طواف الإفاضة والزيارة، ثم ينطلقون إلى منى للمبيت والرمي في أيام التشريق، فإذا فرغوا عادوا إلى مكة وطافوا طواف الوداع وانصرفوا.

وفي الحج أربع خطب: يوم السابع من ذى الحجة، ويوم عرفة، ويوم النحر، ويوم النفر الأول، وكل ذلك بعد صلاة الظهر، وإفراد إلا يوم عرفة فإنه يخطب خطبتين بعد الزوال وقبل الظهر.

هذه جملها، أما التفصيل ففيه اثنا عشر فصلاً:

الفصل الأول: في الإحرام

وهو عندنا مجرد النية من غير حاجة إلى تلبية، خلافاً لأبي حنيفة، وحكى قول قديم مثل مذهبه.

ثم النية لها ثلاثة أوجه: الأول: التفصيل، فإذا نوى حجاً أو عمرة أو قرأناً، قضاء كان أو نذرًا أو تطوعاً، كان كما نوى، إلا إذا غير الترتيب بتأخير فرض الإسلام، أو تأخير الفرض عن النفل.

ولو أهل بمحنتين أو عمرتين معاً أو متلاحقاً لغا أحدهما ولم تلزمه الزيادة على الواحد. وقال أبو حنيفة: ينعقدان ثم ينتقل أحدهما عند الاشتغال بالعمل إلى الذمة.

الوجه الثاني: الإطلاق، فإذا نوى إحراماً مطلقاً مهما شاء جعله حجاً أو عمرة أو قرأناً، ولا يتعين مجرد الاشتغال بالطواف للعمرة ولا بالوقوف للحج، بل لابد من نية الصرف خلافاً لأبي حنيفة.

ولو أحرم مطلقاً قبل الأشهر ثم عين للحج بعد الأشهر لم يجز على المذهب.

ولو أحرم بالعمرة قبل الأشهر ثم أدخل الحج عليها بعد الأشهر للقران فوجهان، ووجه المنع: أن الإحرام للقران كالمتحد فلا ينبغي أن يقدم على الأشهر.

الوجه الثالث: الإيهام، فإذا قال: أهملت كإهلال زيد، صح إذ أهل على بإهلال كإهلال رسول الله ﷺ^(١).

ثم إن لم يكن زيد محرماً انعقد له إحرام مطلق، وإن عرف أنه ليس محرماً بأن كان ميتاً ففي انعقاد أصل الإحرام وجهان، وجه الانعقاد: إلغاء الإضافة وإبقاء الأصل.

وقد نص في الأم على أنه لو أحرم عن مستأجرين تعارضاً وتساقطاً وانعقد عن الأخير، ولو أحرم عن نفسه وعن المستأجر فكذلك؛ إذ بطل التفصيل وبقي أصل الإحرام.

(١) أخرجه البخاري عن علي، رضي الله عنه، (١٥٥٨)، وعن أبي موسى، رضي الله عنه، (١٥٥٩)، فعن أبي موسى، رضي الله عنه، قال: بعثني النبي ﷺ إلى قوم باليمن، فحُتُّ وهو بالبطحاء، فقال: [يم أهملت؟]، قلت: أهملت كإهلال النبي ﷺ، قال: [هل معك هدى؟]، قلت: لا، فأمرني فطقت بالبيت وبالصفاء والمروة، ثم .. الحديث. وأخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٢/٢٣٣).

أما إذا كان زيد محرماً فله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يكون إحرامه مفصلاً فينزل إحرام المعلق عليه قرأناً كان أو إفراداً.

الثانية: أن يكون إحرام زيد مطلقاً وإحرام المعلق أيضاً مطلقاً، وإليه الخيرة في التعيين، ولا يلزمه اتباع زيد فيما يستأنفه من التعيين، فأما ما فصله قبل تعيينه ففي لزومه وجهان، ينظر في أحدهما إلى أول الإحرام وكان مطلقاً، وفي الثاني إلى الحالة الموجودة عند التعليق وكان مفصلاً، وكذا إذا كان أحرم أولاً بعمره ثم أدخل الحج عليه.

الثالثة: أن يصادف زيداً ميتاً بعد الإحرام وتعذر مراجعته، فهم كما لو نسي الرجل ما أحرم به وكان قد أحرم مفصلاً وفيه قولان:

القديم: أنه يجتهد ويأخذ بغالب الظن كما في القبلة إن كان له ظن غالب.

والجديد: الصحيح أنه يلزمه البناء على اليقين، وطريقه أن يجعل نفسه قارئاً فليذا فرغ من الحج برئت ذمته من الحج ييقين؛ لأنه إن كان معتمراً أولاً فقد أدخل الحج عليه وتبرأ ذمته عن العمرة أيضاً ييقين، إلا إذا منعنا إدخال العمرة على الحج فيحتمل أن يكون إحرامه أولاً بالحج.

وقال أبو إسحاق: إنه يبرأ عن العمرة ويكون هذا عذراً في جواز إدخال العمرة في الحج، كما أن التردد في النية عند نسيان صلاة من الصلوات الخمس عذر في إجزاء الصلاة، فإن قلنا تبرأ عن العمرة لزمه دم القران، وإلا فلا يلزمه لأن القران مشكوك فيه، فأما إذا طاف أولاً ثم شك فيمنع إدخال الحج لو كان معتمراً في علم الله، فلا يكفيه القران، بل طريقه: أن يسعى ويحلق ويبتدأ إحراماً بالحج من جوف مكة ويتممه فتبرأ ذمته عن الحج ييقين؛ لأنه إن كان حاجاً فغايتة حلق في غير أوانه وفيه دم، وإن كان معتمراً فقد تحلل بالحلق والسعي، وأنشأ بعده حجاً فصار متمتعاً وفيه دم، ولا تبرأ ذمته عن العمرة لاحتمال أن الأول كان حجاً والدم لا يذم منه، ولكنه لا يدرى أهو دم حلق أم دم تمتع، وتعين جهة الكفارات في النية ليس شرطاً فلا يضر التردد، نعم لو كان معسراً فبدل الفدية ثلاثة أيام وبدل التمتع عشرة أيام، فإن أتى بالثلاث فهل تبرأ ذمته، فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الزائد غير مستيقن فلا يوجبه.

والثاني: لا؛ لأن شغل الذمة بالصوم مستيقن والبراءة بهذا القدر غير مستيقن.

ومن أصحابنا من قال: الحلق لا تأمره به لاحتمال أنه حاج، والحلق فى غير أوانه محرم، إلا بأذى من نفس الشعر والأذى هاهنا من النسيان، نعم لو بادر فحلق كان حكمه ما ذكرناه، والأظهر: أنه يؤمر به؛ لأن هذا الضرر أعظم من أذى الشعر؛ إذ يؤدى إلى فوات الحج لو لم يفعل ذلك.

الفصل الثانى: فى سنن الإحرام

وهى خمس: الأولى: الغسل للإحرام تنظيهاً، حتى يسن للمحاض والنساء، فإن، لم يجد الماء يتمم كسائر أنواع الغسل.

قال فى الأم: يغتسل الحاج لسبعة مواطن: للإحرام، ودخول مكة، والوقوف بعرفة، والوقوف بمزدلفة، ولرمى الجمار الثلاث؛ لأن هذه المواضع يجتمع لها الناس فيستحب لها الاغتسال كالجُمعة، ولا يغتسل لرمى جمرة العقبة؛ لأن وقته من نصف الليل إلى آخر النهار فلا يجتمع لها الناس فى وقت واحد، وأضاف إليها فى القديم الغسل لطواف الزيارة وطواف الوداع؛ لأن الناس يجتمعون لهما، ولم يستحب فى الجديد لأن وقتها يتسع فلا يتفق الاجتماع.

الثانية: التطيب للإحرام مستحب، قالت عائشة، رضى الله عنها: «طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم، ولحله قبل أن يطوف، ورأيت ويص المسك فى مفارقه بعد الإحرام»^(١).

وذلك يدل على أن التطيب مما يقبى حرمه جائز خلافاً لأبى حنيفة.

أما تطيب ثوب الإحرام فصدأ فقيه ثلاثة أوجه: أحدهما: الجواز قياساً على البدن. والثانى: لا؛ إنه ربما ينزع الثوب فى وقت الغسل ثم يعيده إلى البدن فيكون تطيباً مستأنفاً^(٢). والثالث: أنه يجوز نزع بعد الإحرام وأعاد فقبى لزومه الفدية وجهان،

(١) أخرجه البخارى (ح ١٥٣٩)، ومسلم (١/١١٨٩، ٢٣/١١٨٩)، وأبو داود (١٧٤٥)، والترمذى (٢٥٩/٣ ح ٩١٧)، وابن ماجه (٢٩٢٦)، والنسائى (١٣٦/٥، ١٣٧، ١٣٨)، والدارقطنى (٢/٢٧٤)، وله ألفاظ متعددة واللفظ الذى يقوى مذهب المصنف: من طريق الزهرى عن عروة، عن عائشة قالت: «طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه وطيبته لإحلاله قبل أن يطوف بالبيت».

(٢) وفى ذلك حديث صفوان بن يعلى مرفوعاً فيه «أما الطيب الذى بك، فاغسله عنك ثلاث مرات. وأما الجبة فانزعها، ثم اصنع ما شئت فى عمرتك؛ كما تصنع فى حجتك». أخرجه البخارى (٤٩٨٥)، ومسلم (٨/١١٨٠)، وأبو داود (١٨١٩)، والترمذى (٣/١٩٦، ١٩٧ ح ٨٣٦).

ولو تنحى حرم الطيب بالعرق من بدنه فلا فدية على أظهر الوجهين؛ لأن ذلك لا يمكن الاحتراز عنه، ومنهم من قال: يجب إن لم يبادر إلى إزالته.

ويستحب الاختضاب للمرأة نعيمًا للبدن لا تطريقًا وتزيينًا، ويستحب لها في ذلك في كل حال ليستر بشرتها عن الأعين.

الثالثة: أن يتجرد عن المخيط، في إزار ورداء أبيضين ونعلين؛ لأن أحب الثياب إلى الله البيض^(١).

الرابعة: أن يصلي ركعتي الإحرام، ثم يحرم في مصلاه بعد السلام قاعدًا. وقال في الجديد: لا يهل حتى تنبعث به دابته ليكون العمل مقرونًا بالقول.

الخامسة: أن لا يقتصر على مجرد النية، ولكنه يلبي عند النية بلسانه فيقول: (لبيك اللهم لبيك، لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك)^(٢)، ويصلي على رسول الله ﷺ بعده، وإذا رأى شيئًا فأعجبه قال: «لبيك إن العيش عيش الآخرة»^(٣)، ويجدد التلبية في طريان التغاير، وفي كل صعود وهبوط، وفي أدبار الصلوات، وإقبال الليل والنهار، ويستحب في مسجد مكة ومنى وعرفات، وفيما عداها قولان؛ الجديد: أنه يلبي في كل مسجد.

وفي حال الطواف قولان، القديم: أنه يلبي ويخفض صوته.

وقال في الأم: لا يلبي؛ لأن للطواف ذكرًا يختص به، ويستحب رفع الصوت^(٤) بالتلبية لكل أحد إلا النساء، وفي كل مكان إلا في المساجد، وقيل: إنه يستحب الرفع

(١) سبق ذكر حديث بهذا المعنى عند الكلام على تكفين الميت.

(٢) هذه التلبية وردت عن ابن عمر، وعائشة رضي الله عنهما مرفوعة. أخرجهما البخاري (ح ١٥٤٩، ١٥٥٠)، ومسلم (١١٨٤)، وأبو داود (١٨١٢)، والترمذي (٨٧/٣) ح ٨٢٥، (٨٢٦)، والنسائي (٢٧٤٧، ٢٧٥٢)، وابن ماجه (٢٩١٨، ٢٩١٩).

(٣) هذا حديث أخرجه البيهقي (٤٨/٧)، وابن أبي شيبة (١٠٧/١)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٤٠/٢)، والزيدي في إتحاف (٣٣٩/٣، ٣٤٠).

(٤) لما رواه مالك (٣٣٤/١)، وأبو داود (١٨١٤)، والنسائي (١٦٢/٥)، وأحمد (٥٦/٤)، والشافعي (٧٩٤)، والبخاري في التاريخ الكبير (١٥٠/٤)، وابن حزم (٢٦٢٥، ٢٦٢٧٢). عن حلال بن السائب عن أبيه مرفوعًا وأتاني جبريل فأمرني أن آمر أصحابي، ومن معي؛ أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية والإلهال، وأخرجه الترمذي (١٩١/٣)، وقال: حسن صحيح، وروى بعضهم هذا الحديث عن حلال بن السائب عن زيد بن خالد عن النبي ﷺ ولا يصح، والصحيح عن حلال بن السائب عن أبيه، وهو حلال بن السائب بن حلال بن سويد الأنصاري. انتهى.

أيضاً، وإنما يجتنب في المسجد رفع الصوت بغير الأذكار.

الفصل الثالث: في سنن دخول مكة

وهي أربعة: الأولى: أن يفتسل بذى طوى^(١)، ولا يقنع بما سبق من غسل الإحرام.

الثانية: أن يدخل مكة من ثنية كداء، يفتح الكاف، وهي ثنية في أعلى مكة، ويخرج منه ثنية كدى، بضم الكاف، وهي في أسفلها.

وقيل: إنه لا نسك فيه لأنه وقع على طريق رسول الله ﷺ فلم يقصد العدول إليه.

الثالثة: إذا وقع بصره على الكعبة عند رأس الردم فليقف وليقل: «اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتعظيماً وتكريماً ومهابة، وزد من شرفه أو عظمه ممن حجه أو اعتمره تعظيماً وتشريفاً وتكريماً وبراً»^(٢)، ويقول بعد هذه: «اللهم أنت السلام ومنك السلام فحينا ربنا بالسلام»^(٣)، ثم يدعو بما أحب.

الرابعة: أن يدخل المسجد من باب بنى شيبة، فيؤم الركن الأسود من البيت، وقد عدل رسول الله ﷺ إلى باب بنى شيبة، ولم يكن على طريقه، فدل على كونه سنة^(٤).

فإن قيل: من دخل مكة غير محرم هل يعصى؟ قلنا: إن كان مريداً نسكاً فلا بد من إحرامه في الميقات، وإن دخل لتجارة استحب وفي الوجوب قولان؛ أحدهما: يجب؛ لاتفاق الخلق عليه عملاً. والثاني: لا؛ لأن سبيله سبيل تحية المسجد.

وهذا في الغريب، أما الخطابون وأصحاب الروايا والمترددون إلى مكة في مصالحهم

(١) «ذر طوى» أسفل مكة، ويفتسل فيها من جاء من على طريق مكة، أما من جاء من طريق أخرى افتسل فيها.

(٢) هذا لفظ حديث أخرجه البيهقي (٧٣/٥)، والساعاتي في بدائع المنن، (١٠٢١)، والسيوطي في الدر المنثور (١٣٢/١)، والزيلعي في نصب الراية (٣٧/٣)، وابن حجر في تلخيص الخبير (٣٧/٣)، وابن أبي شيبة (٩٧/٤)، (٣٦٦/١٠).

(٣) وهذا من حديث أخرجه مسلم (٤١٤)، والنسائي (٦٩/٣)، وأحمد (٢٧٥/٥)، ٢٧٩، ٦٢٢/٦، ١٨٢، (٢٣٥)، وابن ماجه (٩٢٤، ٩٢٨)، والبيهقي (١٨٣/٢)، (٧٣/٥)، والساعاتي في بدائع المنن (١٠٢٢)، وعبد الرزاق (٣١٩٧)، والبقوي (١٤/٧)، وابن خزيمة (٧٣٧).

(٤) الحديث أخرجه البيهقي (٧٢/٥)، والهيثمي في مجمع الزوائد (٢٣٨/٣)، وقال: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه: مروان بن أبي مروان، قال سليمان: فيه نظر، وبقيت رجاله رجال الصحيحين، ورواه ابن خزيمة وصححه (٢٠٧/٤)، (٢٠٨).

لا يلزمهم للحاجة، وقيل بطرد^(١) القولين. وقيل: يلزمهم في السنة مرة واحدة، وهو بعيد.

فإن ألزمتنا الغريب فترك فقي وجوب القضاء قولان؛ أحدهما: لا يجب لأن عوده إحراماً آخر أداء. والثاني: يجب، ويجب في العود إحرام مقصود له. وفي الابتداء كان يلقي إحرام عن نذر أو قضاء أو غيره.

هذا في الأحرار، أما العبيد فلا إحرام عليهم، سواء دخلوها بإذن السادة أو بغير إذنهم، فإن أذن السيد في الدخول بالإحرام لم يلزم على أحد الوجهين، كما إذا أذن في حضور الجمعة.

الفصل الرابع: في الطواف

فإذا دخل من باب بنى شيبه فليتوجه إلى الركن الأسود وليستلمه، وليجعل البيت على يساره ويطوف إلى أن يعود إلى الحجر سبع مرات، وهذا طواف القدوم والنظر في الطواف في واجباته وسننه وأقسامه.

أما الواجبات فثمانية: الأول: شرائط الصلاة، من طهارة الحدث، والخبث، وستر العورة، والقرب من البيت بدل عن الاستقبال. قال عليه الصلاة والسلام: «الطواف بالبيت صلاة، إلا أن الله أباح فيه الكلام»^(٢)، وطهارة المطاف الذي يمشى عليه كطهارة مكان الصلاة.

الثاني: الترتيب؛ وهو أن يتدى بالحجر الأسود ويجعل البيت على يساره، فلو جعل

(١) [طرد] تكرر هذه الكلمة في الكتاب خاصة وفي بعض كتب الفقه معناها:

[أطرد]: تابع. وأطرد: تسلسل. وعلى هذا قولهم أطرد الكلام أو الحديث: جرى مجرى واحد متسقاً. انظر: المعجم الوسيط (٥٥٣/٢)، وفي اصطلاح الأصوليين: قال في الحصول والمراد منه الوصف الذي لم يكن مناسباً ولا مستلزماً للمناسب إذا كان الحكم حاصلًا مع الوصف في جميع الصور المغيرة لمحل النزاع. انظر إرشاد الفحول (ص ٢٢٠).

(٢) روى هذا الحديث بألفاظ كثيرة منها [الطواف بالبيت بمنزلة الصلاة]، الدارمي (٤٤/٢)، والطبراني (٣٤/١١)، وابن عبد البر (٢١٥/٨)، والحديث الأول أخرجه السائي (الحج ١٣٢)، والبيهقي (٨٧/٥)، والحاكم (٤٥٩/١، ٢٦٧/٢)، وابن حجر في تلخيص الجبير (١٢٩/١)، والسيوطي في الدر المنثور (٣٥٤/٤)، والألباني في إرواء الغليل (١٥٤/١)، ١٥٧، (٣٠٤/٤، ٣٠٧).

البيت على يمينه لم يحسب، وإن استقبله تردد^(١) فيه القفال، ولو ابتدأ بغير الحجر الأسود لم يعتد بطوافه إلى أن يتهى إلى الحجر فمعه يستأنف الاحتساب، وينبغي أن يبتدأ بحيث يمر بجميع بدنه على جميع الحجر الأسود، فإن حاذاه ببعض بدنه ثم اجتاز فوجهان يقربان مما إذا استقبل ببعض بدنه طرف البيت وصلى.

الثالث: أن يكون بجميع بدنه خارجاً عن كل البيت، فلا يطوف في البيت، فلو مشى على شاذروان البيت، وهو عرض أساسه، كان طائفاً بالبيت؛ لأنه بالبيت، وهو الذى سماه المزنى التأخير، بمعنى التأسيس. فقييل: التأخير مأخوذ من الإزر ولو مشى على الأرض وأدخل يده فى موازاة الشاذروان بحيث كان يمس الجدار، فيده فى البيت ولكن معظم بدنه خارج، فيصح على الأظهر.

ولو دخل فتحة الحجر من جانب وخرج من الجانب الآخر: لم يعتد بهذا الشوط إلى أن يعود إلى الفتحة الأولى فيدور على محوط الحجر؛ لأن ستة أذرع من محوط الحجر كان من البيت فأخرج منه لما قصرت النفقة عند العمارة.

الرابع: أن يطوف داخل المسجد، فلو طاف خارج المسجد لم يجز، ولو وسع المسجد يجوز الطواف فى أقصى المسجد؛ لأن القرب مستحب لا واجب، ويصح الطواف على سطوح المسجد وفى أروقه.

الخامس: الموالاة، والصحيح: أنه لا يشترط بل هو من السنن، وقبل بطرد القولين كما فى الطهارة، ولو أحدث فى خلله فجدد الوضوء وبنى فحاصل المذهب ثلاثة أقوال؛ أصحها: الجواز، والثانى: لا، لاشتراط الموالاة، والثالث: أنه إن تعمد لم يجز، وإن كان سهواً جاز.

السادس: رعاية العدد، فلو اقتصر على ستة أشواط لم يجز، وقال أبو حنيفة: تقوم الأربعة مقام الكل.

السابع: ركعتان عند المقام عقيب الطواف، ويقرأ فى إحداهما ﴿قل يا أيها الكافرون﴾، وفى الثانية (الإخلاص)، فهما مشروعتان^(٢) وليستا من الأذكار

(١) أى وإن استقبله بوجهه وهو يطوف.

(٢) لما رواه ابن عمر، وابن عباس رضى الله عنهما «أن النبى ﷺ قدم مكة، وهو يشتكى فطاف على راحلته، كلما أتى على الركن أشار إليه بمحجن، فلما فرغ من طوافه أأاخ فضلى ركعتين» أخرجه أبو داود (١٨٨١)، وأحمد (٣٠٤/١)، أما حديث ابن عمر «أن رسول الله ﷺ كان إذا طاف بالحج والعمرة أول ما يقدم فإنه يسعى ثلاثة أطواف ويمشى أربعاً، ثم يصلى سجدتين» -

كالأشواط، وفي وجوبهما قولان، والصحيح: أنه ليس بشرط في الطواف المسنون، ومأخذ الوجوب تطابق الناس على فعله، وتركه لا يجبر بالدم، فإنه لا يفوت إذ يجوز أدائهما بعد الرجوع إلى الوطن، نعم لو مات فينقذ أن يجبر بالدم كسائر الواجبات.

الثامن: النية، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه تشترط لأنها في حكم عبادة، وإن كان ركناً في الحج. والثاني: لا يشترط لأن وقوعه ركناً بعد الوقوف متعين، حتى لو طاف به دابته وهو غافل، أو طاف في طلب غريم أجزأه. والثالث: أنه يجزى إلا إذا صرفه إلى طلب غريم أو غرض آخر، وهذا في ركن الحج، أما الطواف ابتداء فعبادة مفتقرة إلى النية.

أما السنن، فهي خمسة:

الأولى: أن يطوف ماشياً لا راكباً، وإنما ركب رسول الله ﷺ ليظهر فيستفتى، فلا بأس في الركوب لمن هو في مثل هذا الحال.

الثانية: الاستلام، وهو أن يقبل الحجر في أول الطواف وفي آخره^(١)، بل في كل نوبة، فإن عجز ففي كل وتر، فإن عجز بالرحمة مسه باليد ثم قبل اليد، أو قبل اليد ثم مسه، فإن بعد بالرحمة أشار باليد، فإذا انتهى إلى الركن اليماني خصصه بالمس وقبله؛ لأنه الباقي على قواعد إبراهيم عليه السلام، من جملة الأركان، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «إن الحجر الأسود ليأتي يوم القيامة وله لسان ذلق يشهد لمن قبله»^(٢).

الثالثة: الدعاء، وهو أن يقول عند ابتداء الطواف: «بسم الله والله أكبر، اللهم إيماناً بك وتصديقاً بكتابك ووفاء بعهدك واتباعاً لسنة نبيك محمد ﷺ»^(٣)، ثم يدعو بما شاء.

الرابعة: الاضطباع، وصورته، أن يجعل وسط إزاره في إبطه اليماني ويعرى عنه منكبه

«أخرجه البخاري (١٦١٦)، ومسلم (١٢٦١/٢٣١).

(١) وذلك لحديث عمر بن الخطاب أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الأسود: «إنما أنت حجر، ولولا أني رأيت رسول الله قبلك ما قبلك، ثم قبله» وللحديث طرق كثيرة عن عمر رضي الله عنه موصولة، ومرسلاً أخرجه البخاري (١٥٩٧)، ومسلم (٩٢٥/٢، ٩٢٦).

(٢) الحديث أخرجه: أحمد (٣٧١/١، ٣٩١)، والدارمي (٤٢/٢)، والبيهقي (٧٥/٥)، والطبراني (٦٣/١٢)، والمتقي في كنز العمال (٣٤٧٤٨)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦٧٩/٢)، (١٤٧٩/٤) بلفظ [ليبعثن الله الحجر (الأسود) يوم القيامة وله عينان ينظر بهما ولسان ينطق به،

يشهد لمن استلمه بحق] قال الترمذي (٢٩٤/٣): هذا حديث حسن.

(٣) الحديث أخرجه: المتقي الهندي في إتحاف السادة المتقين (٣٤٩/٤).

الأيمن، ويجمع طرفى الإزار على عاتقه الأيسر كدأب أهل الشطارة، وذلك فى طواف فيه رمل، ثم قيل: إنه يديم هذه الهيئة إلى آخر الطواف، وقيل إلى آخر السعى.

الخامسة: الرمل، وهو السرعة فى المشى مثل الخبب أو دونه، فى ثلاثة^(١) أشواط فى أول الطواف، والسكينة مستحبة فى الأربعة الأخيرة، يستحب الرمل على جميع أركان البيت؛ إذ نقل أنه عليه السلام كان يرمل من الحجر إلى الحجر، وقيل بترك الرمل بين الركن اليماني والحجر، فإنه عليه السلام هكذا فعل؛ إذ كانت الكعبة حائلة بينه وبين الكفار، فإنه كان يرمل ليظهر الجلالة للكفار ويدفع طمعهم عن استلانة جانبهم، وكان يسكن حين يغيب من أبصارهم.

وهذا وإن كان على سبب فقد مع زوال السبب تبركاً بالتشبه به، كما قيل: إن سبب رمى الجمار رمى إبراهيم عليه السلام الحجارة إلى ذبيح استعصى عليه فصار ذلك شرعاً، ومبنى العبادات التأسى.

فرعان: أحدهما: القرب من البيت مستحب فى الطواف مع الرمل، فإن عجز عن الرمل مع القرب للزحمة فالرمل فى البعد أولى، وإن وقع فيما بين النساء فالسكينة أولى من الرمل احترازاً عن مصادمتهن.

الثانى: لو ترك الرمل فى الأشواط الأول فلا قضاء فى الأخير؛ لأن السكينة مشروعة فى الأخير، فهو كما لو ترك الجهر فى الركعتين الأولين فلا يقضى فى الأخير، ولو ترك سورة الجمعة فى الركعة الأولى قضاها فى الثانية مع سورة المنافقين؛ لأن الجمع ممكن.

ولو لم يتمكن من الرمل للزحمة فحسن أن يشير بمحاولة الرمل متشبهاً، ويستحب أن يقول فى الرمل: «اللهم اجعله حجاً مبروراً، وذنباً مغفوراً، وسعيًا مشكوراً»^(٢).

ثم لا خلاف أن الرمل لا يستحب فى كل طواف، بل فى قول: لا يستحب إلا فى طواف القدوم، وفى قول: لا يستحب إلا فى طواف بعد سعى.

(١) وذلك لما رواه البخارى (١٦٠٢) عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: «قدم رسول الله ﷺ وأصحابه، فقال المشركون: إنه يقدم عليكم وقد وهنهم حمى يثرب. فأمرهم النبي ﷺ أن يرموا الأشواط الثلاثة، وأن يمشوا ما بين الركنين، ولم ينعه أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها إلا الإبقاء عليهم» وأخرجه البخارى أيضاً (ح ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥)، ومسلم (١٢٦٢)، وأبو داود (١٨٨٩، ١٨٩٠)، والترمذى (٨٥٨)، والنسائى (٢٩٤٤).

(٢) أخرجه: البيهقى (١٢٩/٥)، والمتقى فى إتحاف السادة (٣٥٠/٤)، والسيوطى فى الدر المنثور (٢٣٤/١). والقاضى عياض فى الشفا (٢٦٤/١)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٢٥٠/٢).

فرع: إذا أحرم عن الصبي وليه وحمله وطاف به: أجزأ عنه، إلا إذا كان الولي محرماً ولم يطف عن نفسه طواف الركن فإنه ينصرف إلى الحامل، نعم لو قصد به المحمول فهو كما لو قصد بطوافه طلب الغريم، ولو حمل صبيين وطاف بهما حصل لهما الطواف جميعاً، كما إذا ركب محرمان دابة واحدة فالحركة الواحدة تكفي للمحمولين ولا تكفي للحامل والمحمل.

الفصل الخامس: في السعى

فإذا فرغ من ركعتي الطواف استلم الحجر وخرج من باب الصفا، ورقى الصفا بمقدار قامة الرجل ويستقبل الكعبة حتى يقع بصره عليها ويقول: «الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، يحيى ويميت، وهو حي لا يموت بيده الخير، وهو على شيء قدير، لا إله إلا الله وحده، أنجز وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، لا إله إلا الله ولا نعبد إلا إياه، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون»^(١).

فإذا فرغ من الدعاء نزل من الصفا ومشى حتى يكون بينه وبين الميل الأخضر المعلق بفناء المسجد نحو ستة أذرع، فيسعى سعياً شديداً حتى يحاذي الميلين الأخضرين اللذين هما بفناء المسجد وحذاء دار العباس.

ثم مشى حتى يصعد المروة، وصعدا ودعا كما دعا على الصفا، فيفعل ذلك سبع مرات، ويقول في أثناء السعى: «رب اغفر وارحم، وتجاوز عما تعلم، إنك أنت الأعز الأكرم»^(٢)، كل ذلك مأثور عن رسول الله ﷺ قولاً وفعلاً، والواجب من هذه الجملة السعى بين الصفا والمروة سبع مرات.

وقال أبو بكر الصيرفي: الذهاب والمجيء مرة واحدة فيحتاج إلى التردد أربع عشرة مرة، والبداية بالصفا واجب، ووقوع السعى بعد طواف ما واجب، ثم إن سعى بعد طواف القدوم وقع ركناً عن الحج ولا يستحب له الإعادة عقيب طواف الإفاضة؛ لأن السعى ليس عبادة بنفسه فلا يكرر كالوقوف بخلاف الطواف، ولو تخلل بين طواف القدوم والسعى زمان فلا بأس ويقع ركناً. وإن تخلل الوقوف بعرفة ففيه تردد؛ لأن الوقوف كالحاجز، ولا يشترط في السعى الطهارة وشروط الصلاة، بخلاف الطواف،

(١) الدعاء باستثناء [يحيى ويميت]، [لا إله إلا الله] وما بعدها. من حديث طويل لجابر أخرجه مسلم (١٢١٨)، وأبو داود (١٩٠/٢)، والنسائي (٢٤٠/٥)، وابن ماجه (٣٠٧٤).

(٢) أخرجه البيهقي (٩٥/٥)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٥١/٢).

والركوب فيه كالركوب فى الطواف.

الفصل السادس: فى الوقوف بعرفة

فإذا فرغ من طواف القدوم صبر إلى السابع من ذى الحجة، فيخطب الإمام الظهر بمكة ويأمرهم بالغدو إلى منى، ويخيرهم بمناسكهم، ثم يخرج إلى منى فى اليوم الثامن ويبيت بها تلك الليلة ولا نسك فى هذا المبيت فإذا طلعت الشمس سار إلى الموقف، وخطب بعد الزوال خطبة خفيفة ويجلس، ثم يقوم إلى الثانية ويبدأ المؤذن بالأذان حتى يكون فراغ الإمام بعد فراغ المؤذن، ثم يصلى الظهر والعصر جمعاً، ثم يروح إلى عرفة ويقف عند الصخرات، ويستقبلون القبلة ويكثرون فى الدعاء.

قال عليه السلام: «أفضل ما دعوته ودعا الأنبياء قبلى يوم عرفة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له»^(١)، ويستحب رفع اليد فى الدعاء. وقال فى القديم: والوقوف ركباً أفضل تأسيساً برسول الله ﷺ، وليكون أقوى على الدعاء، كما أن الإفطار أفضل. وقال فى الأم: النازل والراكب سواء.

ثم إذا غربت عليهم الشمس أفاضوا منها إلى مزدلفة ويصلون بها المغرب والعشاء والواحب من جميع ذلك الحضور فى أطراف عرفة ولو مع الغفلة، وفى النوم إذا سارت به دابته، ولا يكفى حضور المغمى عليه؛ لأنه ليس أهلاً للعبادة.

ووقت الوقوف بعد زوال يوم عرفة إلى طلوع الفجر يوم النحر. ومن فاتته فقد فاتته الحج فإن الحج عرفة، وقيل: إن الليل ليس وقتاً، وقيل: إنه وقت إلا إذا أنه آخر الإحرام إلى الليل لم يجز، ولو أحرم نهاراً ووقف ليلاً جاز، والصحيح: أن وقت الإحرام والوقوف باق إلى طلوع الفجر.

فروع ثلاثة: الأول: فى وجوب الجمع بين الليل والنهار قولان، ومستند وجوبه العادة. فإن قلنا به: فلو فارق عرفة نهاراً وعاد قبل غروب الشمس فقد تدارك، وإن عاد

(١) روى بلفظ [أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة] أخرجه البغوى فى شرح السنة (١٥٧/٧)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٢٥٣/٢)، وعبد الرزاق (٨١٢٥)، وإتحاف السادة المتقين (٣٧١/٤)، (٣٧٣، ٢٧٤)، كشف الخفا (١٧٣/١)،، والدر المنثور (٢٢٨/١)، وكتر العمال (١٢٠٧٩)، وابن عدى فى الكامل (١٦٠٠/٤)، ومالك (٢١٥، ٤٢٢).

وبلفظ [أفضل ما قلت أنا والأنبياء قبلى عشية عرفة] كتر العمال (١٢١٠٨)، والبدية والنهاية لابن كثير (١٧٥/٥)، وبلفظ [من قبلى يوم عرفة] ابن عساكر فى تهذيب تاريخ دمشق (١٢٥/٣).

ليلاً ولم يكن عند الغروب حاضراً فوجهان، ويرجع الخلاف إلى أن الحضور عند الغروب هل هو واجب؟ ومهما رأيناه واجباً جبر تركه بالدم بخلاف أصل الوقوف.

الثاني: الجمع بين الصلاتين بعرفة ومزدلفة فيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه بعلة النسك فيحوز للعرفى والمكى أيضاً، والثاني: أنه بعلة السفر الطويل فلا يجوز لهما جميعاً، والثالث: أنه بعلة أصل السعى فيحوز للمكى دون العرفى.

الثالث: لو وقفوا يوم العاشر غلطاً فى الهلال فلا قضاء؛ إذ لا يؤمن وقوع مثله فى القابل وإن وقفوا يوم الثامن فوجهان، ووجه الفرق: أن ذلك نادر لا يتفق إلا بتوارد شهادتين كاذبتين فى شهرين.

الفصل السابع: فى جمل أسباب التحلل

فإذا جمعوا بين الصلاتين بمزدلفة باتوا بها، وهذا المبيت نسك، وفى كونه واجباً مجبوراً بالدم قولان.

ثم إذا طلع الفجر ارتحلوا وبينهم وبين منى المشعر الحرام، فإذا انتهوا إليه وقفوا ودعوا، وهذه سنة غير مجبورة بالدم، ثم يجاوزونه إلى وادى محسر، وكانت العرب تقف ثم، وأمرنا بمخالفتهم فيؤثر تحريك الدابة والإسراع بالمشى.

فإذا وافى منى بعد طلوع الشمس رمى جمرة العقبة وهى الجمرة الثالثة، سبع حصيات، ويستحب أن يكبر مع كل حصاة، ويرفع يديه حتى يرى بياض إبطه، ويترك التلبية؛ لأن التلبية للإحرام، والرمى تحلل عن الإحرام.

ثم يخلق بعد الرمي، ثم يعود إلى مكة ويطوف طواف الزيارة، وهو طواف الركن، ويسعى بعده وإن لم يكن سعى عقيب طواف القلوم، ثم يعود إلى منى فى بقية يوم النحر ويقيم بها أيام التشريق للرمى.

فهذه أسباب التحلل، وللحج تحللان، فيحصل أحدهما بطواف الزيارة والآخر بالرمى، وأيهما قدم أو أخر فلا بأس.

والطواف وإن كان ركناً فهو من أسباب التحلل أيضاً، ولا يحصل أحد التحللين إلا باثنين من هذه الأسباب الثلاث أى اثنين كان.

ويحل بين التحللين اللبس والقلم إن لم يجعله نسكاً، ولا يدخل الوطء إلا بعد التحلل الثانى، وفى التطيب وعقد النكاح والمباشرة دون الجماع قولان؛ لأنهما من مقدمات

الجماع ومحركات داعيته، وفي قتل الصيد أيضاً خلاف.

ثم وقت الفضيلة للتحلل طلوع الفجر يوم النحر، ويدخل وقت الجواز بمضي نصف الليل من ليلة العيد؛ إذ قدم رسول الله ﷺ ضففة أهله من مزدلفة ليطوفوا بالليل في خلوة ويرجعوا^(١) إلى منى وقت الطلوع.

ومهما فات الرمي بفوات وقته ووجب الدم ففي وقوف التحلل على إراقة الدم وجهان، ومنهم من قال: لأنه بدل فضاهى المبدل. ومنهم من قال: إن كان دماً وقف عليه، وإن كان صوماً فلا لطول الزمان.

الفصل الثامن: في الحلق

ووقته في العمرة بعد الفراغ من السعي، وفي الحج عند طلوع الفجر يوم النحر فضيلة، وبعد منتصف ليلة النحر جوازاً.

وفي كونه نسكاً قولان؛ أحدهما: لا؛ كالقلم واللبس. والثاني: وهو نسك؛ إذ لا خلاف في أنه مستحب يلزم بالنذر في الحج.

وقال عليه السلام: «رحم الله المحلقين، فقيل: والمقصرين؟ قال: «رحم الله المحلقين، فأعيد عليه ثلاثاً حتى قال في الرابع: «والمقصرين»^(٢).

ويشترع على القولين أمور: الأول: أن المعتز إذا جامع بعد السعي فسدت عمرته، وإن قلنا: الحلق نسك؛ إذ لم يتم تحلله بعد، ولو أراد أن يحلق في الحج قبل الطواف والرمي لم يجوز إن قلنا: إنه محظور نسك.

وذكر صاحب التقریب وجهاً: أن أحد التحللين يحصل بطلوع الفجر يوم النحر فيجوز الحلق عنده، لكنه بعيد.

وعلى كل حال فالأولى أن لا يبدأ الحلق خروجاً من الخلاف، ولكنه يرمى ثم ينحر الهدى ثم يحلق، ولو نحر بعد الحلق جاز؛ خلافاً لأبي حنيفة.

الثاني: أنه إذا جعل نسكاً فهو ركن كالسعي لا يجبر فائته بالدم، فإنه لا يفوت، فيا

(١) أخرجه نحو ذلك البخاري (ح ١٦٧٦، ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩)، ومسلم (ح ١٢٩٣)، وأبو داود (١٩٣٩، ١٩٤٠، ١٩٤١)، والترمذي (٨٩٢، ٨٩٣)، والنسائي (٢٦١/٥).

(٢) أخرجه البخاري (١٧٢٧، ١٧٢٨)، ومسلم (١٣٠١)، وأبو داود (١٩٧٩)، والترمذي (٩١٣)، وابن ماجه (٣٠٤٤).

لم يكن على رأسه شعر فيستحب إمرار الموصى على الرأس، ولا يجب إذ فات الوجوب بفوات محله.

الثالث: أنه إذا جعل نسكًا والتزم بالنذر فلا ينقضى إلا بخلق ثلاث شعرات من الرأس، ولا يجزى شعر غير الرأس، ولا خلق شعرة واحدة إذا قلنا: لا يكمل فيه الفدية، ويقوم مقام الخلق التقصير والتنف والإحراق، وكل ما هو محظور الإحرام فى شعر الرأس، إلا إذا نذر الخلق فلا يجزى إلا الخلق، والمرأة لا يستحب لها الخلق ولا يلزمها بالنذر، ويستحب لها التقصير.

الفصل التاسع: فى المبيت

والنسك فى المبيت أربع ليال؛ ليلة بالمزدلفة، وثلاثة بمنى، ومبيت الليلة الأخيرة غير واجب على من نفر فى النفر الأول، وإن بقى إلى غروب الشمس لزمه المبيت ليلة النفر الثانى.

وفى مقدار الواجب من المبيت قولان؛ أحدهما: أنه يشترط المبيت معظم الليل، والثانى: أن المقصود منه انتظاررمى فى اليوم القابل، فيكفى الحضور قبل طلوع الفجر، وهذا لا يتقدح فى ليلة المزدلفة فإنهم يرحلون غالبًا قبل الطلوع.

وفى وجوب المبيت فى هذه الليالى قولان؛ فإن قلنا: إنه واجب فهو مجبور بالدم.

وظائف الحج ثلاثة: السنن ولا حاجة إلى جبرها، والأركان كالوقوف والطواف والسعى والخلق، إن جعل نسكًا، ولا يكفى جبرها، والواجبات كالرمى والإحرام فى الميقات، وهما مجبوران بالدم قولاً واحداً.

وفى المبيت والجمع بين الليل والنهار بعرفة وطواف الوداع قولان فى الوجوب.

فإن جعل واجباً فلا بد من الجبر، فإن قلنا: يجبر، فلو ترك المبيت فى الليالى الأربع ففى قدر الواجب قولان؛ أحدهما: أنه دم واحد للجميع؛ لأنه جنس واحد، وهو كخلق جميع الشعر، والثانى: يلزمه دمان بمزدلفة ودم لليالى منى فإنهما جنسان.

فإن قلنا: تفرد ليالى منى بدم فمن نفر فى النفر الأول ليلتى منى فى حقه وجهان؛ أحدهما: دم؛ لأنه جنس برأسه. والثانى: يجب مدان أو درهمان أو ثلثا دم كما فى شعرتين. وحكى قول: أنه يجب لكل ليلة دم كما سيحكيه فى رمى كل يوم.

ولا خلاف فى أن المعذور لا يلزمه دم، وهو الذى لم يدرك عرفة إلا ليلة النحر فلم

يبت بمزدلفة، وكذا رعاة الإبل فإنهم يغيثون عن منى ليلاً لتستريح الإبل، وكذلك أهل سقاية العباس فإنهم يقومون بتعهد الماء، ولا يختص ذلك ببني العباس عندنا، بل كل من يتعهد السقاية خلافاً لمالك، وهل تلتحق غير هذه الأعذار من تمرّض أو غيره برعاية الإبل وتعهد الماء، فيه وجهان.

الفصل العاشر: في الرمي

وهو من الأبعاض الواجبة المجبورة بالدم قولاً واحداً، والواجب رمي سبعين حصاة، سبعة ترمى يوم النحر إلى جمرة العقبة فقط، وإحدى وعشرين حصاة ترمى كل يوم القر، وهو أول يوم من أيام التشريق إلى الجمرات الثلاثة إلى كل جمرة سبعة، فيبدأ بالجمرة الأولى من جانب المزدلفة ويختم بجمرة العقبة وهي تلى مكة، وكذلك يفعل في اليوم الثاني والثالث إلا إذا نفر الأول قبل غروب الشمس، فيسقط عنه الرمي في اليوم الأخير. ووقت رمي جمرة العقبة يدخل منتصف الليل ويدوم إلى غروب الشمس يوم النحر، وهل يتمادى إلى طلوع يوم القر؟ فيه وجهان، ووجه التماضي: تشبيهه ببقاء وقت الوقوف بعد غروب الشمس.

وأما رمي أيام التشريق يدخل وقته بالزوال إلى غروب الشمس يوم النحر، وفي تماديه ليلاً الخلاف المذكور.

ثم النظر في الرمي يتعلق بأطراف:

الأول: في المرمي: وليكن حجارة على قدر الباقلاء، ولا يجزئ غير الحجر من الإثمذ والزرنيخ والجواهر المنطبعة، ويجزئ حجر النورة قبل الطبخ، وكذا حجر الحديد في الظاهر، وفي الفيروزج والياقوت والعقيق تردد، والحصاة الواحدة إذا رماها سبع مرات ففي إجزائها وجهان، ومنهم من راعى عدد الرمي، ومنهم من ضم إليه عدد المرمي، ولو تعدد الزمان أو الشخص أو الجمرة أجزأ كما إذا رمى حصاة واحدة في يومين، أو إلى جمرتين أو رماها شخصان.

الطرف الثاني: في الكيفية: ويتبع فيه اسم الرمي، ولا يكفي الوضع على الجمرة، وإن أصاب في رميه محملاً فارتد بصدمة أجزأ، وإن نقضه صاحب المحمل فلا، وإن تدرج من المحمل إلى الجمرة بنفسه فهو متردد بين النفض والصدمة، ولو وقف في الجمرة ورمى إلى الجمرة فلا بأس، ولو رمى حجرين دفعة واحدة فلا يجزيه إلا واحدة وإن تلاحقا في الوقوع، ولو أتبع حجرة حجرة فيجزئه عن رميتين وإن تساوقا في الوقوع، والعاجز عن الرمي يستتيب إذا كان عجزه لا يزول في وقت الرمي كما في أصل الحج،

ولو أغمى على المستتيب لم ينعزل النائب، بخلاف الوكيل فى التصرفات؛ لأن علة هذه النيابة العجز فلا تضادها زيادة العجز.

الطرف الثالث: فى تدارك الفائت: فإن انقضى أيام التشريق فلا قضاء؛ إذ انقطع وقت المناسك، فإذا فاتته يوم النفر فأراد أن يقضى فى اليومين بعده فعلى قولين؛ أحدهما: لا؛ لأن هذه عبادة غير معقولة فلا يتعدى بها عن موردها. والثانى: يقضى، بدليل أن رعاة الإبل يقضون فى النفر الأول ما فاتهم فى يوم النفر.

ثم هذا قضاء أو أداء؟ فيه قولان، فمن جعله أداء زعم أن جميع الأيام وقت، وإنما التوزيع على الأيام مستحب، وعلى هذا لا يجوز التدارك إلا بعد الزوال، وإن جعل قضاء حاز قبل الزوال؛ لأن القضاء لا يتأقت.

وقيل: إنه لا يعد تأقيته ثم يلزمه رعاية الترتيب فى المكان، فلو ابتدأ بالجمرة الأخيرة فى القضاء لم يجزه.

وهل يجب تقديم القضاء على الأداء بالزمان؟ فيه قولان؛ أحدهما: يجب كما فى المكان، والثانى: لا يجب، كما فى الصلوات.

فإن أوجبنا، فلو رمى أربع عشرة حصاة إلى الجمرة الأولى عن اليومين لم يجزه إلا سبعة عن القضاء، وهذا فى أيام التشريق.

أما رمى الجمرة يوم النحر ففى قضائه طريقان، منهم من طرد القولين، ومنهم من منع وجعل أيام التشريق فيها كغير أيام التشريق فى رمى أيام التشريق؛ لأنه جنس منقطع عما بعده فى الوقت والمقدار.

ثم مهما ترك الجميع لزمه الدم، وفى مقداره ثلاثة أقوال؛ أحدها: دم واحد للكل. والثانى: دمان، واحد ليوم النحر، وواحد لأيام منى، والثالث: أربعة دماء لأربعة أيام.

فإن اكتفينا بدم واحد كمل الدم بوظيفة يوم واحد كما لا يكمل فى حلق ثلاث شعرات، وهل يكمل فيما دونه من ترك ثلاث حصيات أو ترك جمرة واحدة؟.

فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه يكمل فى الثلاث. والثانى: لا يكمل إلا بوظيفة جمرة واحدة. والثالث: أنه لا يكمل فى أقل من وظيفة يوم.

الفصل الحادى عشر: فى طواف الوداع

إذا فرغ الحاج من الرمى أيام منى ولم يبق عليهم طواف ولا سعى وتم تحللهم

وعزموا على الانصراف، طافوا الوداع، وفي كونه واجباً مجبوراً بالدم قولان؛ أحدهما: يجب^(١)؛ لتطابق الحلق عليه، والثاني: لا كطواف القدوم.

ولا خلاف في أن من خرج من مكة لا يلزمه طواف الوداع إلا إذا كان حاجاً، وطواف الوداع من توابع الحج، ثم شرط إجزائه: أن لا يعرج على شغل بعده، فلو اشتغل بشد الرحال بعده ففيه وجهان، من حيث إنه من أسباب الرحيل فلا يبعد أن يكون بعد الوداع.

فرع: لو ترك طواف الوداع وتجاوز مسافة القصر يستقر الدم ولا يغنيه العود، ولو عاد قبل مسافة القصر صار متداركاً، والمرأة إذا حاضت فهي مأذونة في النفر قبل الوداع ولا دم عليها، فلو طهرت قبل مسافة القصر لم يلزمها العود، نص عليه لأنها لم تكن من أهل الوجوب في الابتداء، بخلاف من قصر في الخروج فإنه يلزمه العود قبل مسافة القصر، ومنهم من نقل وخرج وجعل في المسألتين قولين مثارهما: أنه يفوت الوداع بمحاوذة حطة الحرم أو بمحاوذة مسافة القصر؟.

الفصل الثاني عشر: في أحكام الصبي

والنظر في إحرامه وأعماله ولوازمه

أما الإحرام: فإن لم يكن الصبي مميزاً أحرم عنه وليه، وهل للمقيم ذلك؟ فيه وجهان، وفي ثبوته للأهم طريقان، والأصح الجواز؛ لما روى أن امرأة رفعت صبيّاً من محفته وقالت: يا رسول الله ألهذا حج؟ فقال: «نعم، ولك أجر»^(٢). وإن كان مميزاً وأحرم بإذن الولي صح، وإن استقل فوجهان؛ أحدهما: لا يتعقد؛ لأنه عقد خطير. والثاني: يتعقد كسائر

(١) وذلك لما أخرجه البخاري في صحيحه ح(١٧٥٥)، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: وأمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الطواف، إلا أنه خفف عن الحائض، و. ح(١٧٥٦)، عن أنس بن مالك رضي الله عنه حدث «أن النبي ﷺ صلى الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، ثم رقد رقدة بالمحصب، ثم ركب إلى البيت وطاف به، وطرفه (١٧٦٤)، وأخرج مسلم نحوه كتاب الحج (٦٧) باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض بدءاً من الحديث (١٣٢٧) عن ابن عباس مرفوعاً - لا يتفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت الطواف - وأخرجه أبو داود (٢٠٠٢)، وابن ماجه (٣٠٧٠)، والطبراني (٤٣/١١)، والزبيدي (٥٠٤)، والبيهقي (١٥٥/٥)، ومالك (٤٢٢)، والطبراني (٥٢/١١)، ومسنّد الحميدي (٥٠٤)، والرازي (٨٧٨).

(٢) الحديث أخرجه مسلم (٤٠٩، ٤١٠، ٤١١/١٣٣٦)، وأبو داود (١٧٣٦)، والترمذي (٩٢٤)، والنسائي (١٢١/٥)، وابن ماجه (٢٩١٠)، وأحمد (٢١٩/١)، والبيهقي (١٥٥/٥)، ومالك (٤٢٢)، والطبراني (٥٢/١١)، ومسنّد الحميدي (٥٠٤)، وإرواء الغليل (١٥٥/٤)، وعلل الحديث لابن أبي حاتم الرازي (٨٧٨).

العبادات، ولكن الولي يحمله إن رأى المصلحة فيه.

فإن قلنا: لا يستقل ففي استقلال الولي دونه وجهان، ووجه الجواز: استصحاب ولايته الثابتة قبل التمييز.

وأما أعماله: فيتعاطى الصبي بنفسه إن قدر عليه، وإلا طاف به الولي وسعى به وأحضره عرفة ورمى عنه.

وأما اللوازم المالية: فما يزيد من نفقة السفر فهو على الولي في وجه؛ لأنه الذي ورطه فيه، وعلى الصبي في وجه كأجرة تعليم القرآن فإن فيه نظراً له.

وأما فدية اللبس والخلق وسائر المحظورات ففي وجوبها وجهان: أحدهما: لا؛ لأن عقد الصبي لا يصلح للالتزام. والثاني: نعم؛ لأنه مقتضى الإحرام.

فإن قلنا: يجب ففي مال الصبي أو في مال الولي؟ فيه وجهان.

ولو جامع الصبي فإن قلنا: إن جماع الناسي لا يفسد وعمد الصبي ليس بعمد، لم يفسد حجه، وإلا فسد وهو الأصح؛ لأن عمدته في العبادات معتبر كما إذا أفطر عمداً، ولكن هل يلزمه القضاء؟ فيه وجهان مرتبان على الفدية، وأولى بأن لا يجب؛ لأن هذه عبادة بدنية فيبعد وجوبها على الصبي، فإن أوجبنا فهل يصح في الصبي؟ فيه وجهان، ووجه المنع: أن الصبي يتنافى وقوع الحج فرضاً، وقد صار هذا القضاء فرضاً، فإن قلنا: لا يقضى في الصبي فإذا بلغ لزمه تقديم فرض الإسلام أولاً حتى يتأتى منه القضاء.

فرعان: أحدهما: لو طيبه الولي من غير منفعة للصبي: فالفدية على الولي، وكذا كل أجنبي طيب محرماً أو حلق شعره بغير إذنه، ولو طيبه للمداواة فهل ينزل منزلة تطيب الولي الصبي نفسه فيه وجهان.

الثاني: إذا أحرم في الصبي وبلغ قبل مفارقة عرفة وقع حجه عن فرض الإسلام؛ لأن الحج عرفة.

وإن كان قد سعى من قبل هل يلزمه إعادة السعي؟ فيه وجهان، والأصح وجوبه؛ إذ لا يسمى بالوقوف في حالة الصبي إلا في الإحرام، فإن دوامه كاف في حجة الفرض.

والنقصان الذي وقع في ابتدائه هل يجبر بالدم؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا؛ لأنه أحرم من الميقات ولم يجز إساءة، والثاني: نعم؛ لأنه وقع مع نقصان الصبي، وكان هذا تردد في أن إحرام انقلب فرضاً أو تبين أنه انعقد فرضاً في الابتداء.

والعبد إذا أعتق قبل الوقوف كان كالصبي إذا بلغ.

قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا أَعْرَابِي حَجَّ ثُمَّ هَاجَرَ فَعَلِيهِ حُجَّةُ الْإِسْلَامِ، وَأَيُّمَا صَبِي حَجَّ ثُمَّ بَلَغَ فَعَلِيهِ حُجَّةُ الْإِسْلَامِ، وَأَيُّمَا عَبْدٌ حَجَّ ثُمَّ أَعْتَقَ فَعَلِيهِ حُجَّةُ الْإِسْلَامِ»^(١).

قيل: أراد بالأعرابي الكافر، وقيل: أراد به في ابتداء الإسلام إذ كان حجة الأعرابي قبل الهجرة نفلًا لا فرضًا.

* * *

الباب الثالث في قسم المقاصد في بيان محظورات الحج والعمرة ومحظورات الحج والإحرام مبعة أنواع:

النوع الأول: اللبس

والنظر فيه يتعلق بالرأس والبدن.

أما الرأس: فيحرم ستره بكل ما سمي ساترًا معتادًا كان أو لم يكن، فلو وضع على رأسه خرقة أو إزارًا أو عمامة لزمه الفدية، ولو توسد بوسادة أو عمامة أو استظل بسقف أو مظلة المحمل، أو انغمس في ماء حتى استوى الماء على رأسه لم يلزمه شيء؛ لأن ما ليس محمولًا على الرأس لا يعد ساترًا. وخالف مالك في الاستظلال بالمظلة والخيمة.

ولو وضع زنبيلًا أو حولًا على رأسه ففيه قولان؛ أحدهما: لا يحرم لأنه لا يعد ساترًا، والثاني: يحرم لأن الكشف قد زال به، وهو المقصود. أما إذا طين رأسه ففيه احتمال.

وتجب الفدية بستر مقدار يتصور أن يقصد ستره بوقوع شجة أو غيره، ولو شد خيطًا على رأسه لم يضر، بخلاف العصاة التي لها عرض، هذا في حق الرجل.

أما المرأة: فالوجه في حقها كالرأس في حق الرجل، فلها أن تستر سائر بدننها سوى الوجه^(٢)، فلو أرسلت ثوبًا بمحذاء وجهها متحافيًا فلا بأس، وأما سائر البدن فلا وظيفة

(١) الحديث أخرجه البيهقي (٣٢٥/٤)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٢٠/٢)، والهيتمي في مجمع الزوائد (٢٠٥/٣، ٢٠٦)، وكنز العمال للمتقى (١٢٢٢٧)، والألباني في إرواء الغليل (١٥٥/٤، ١٥٦)، روى مرفوعًا وموقوفًا عن ابن عباس رضي الله عنهما وتفرد برفعه محمد بن المنهال بسند جيد. قاله البيهقي. وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٣٤٩/٤).

(٢) وذلك لما روى عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: يا رسول الله ماذا تأمرنا أن نلبس من-

على المرأة فيه، أما الرجل فله ستره ولكن بثوب ليس مخيطاً إحاطة الخياطة، كالقميص والقباء والجبة أو ما فى معناها كالدرع وجبة البلد، ولو ليس القباء لزمه الفدية أدخل يده فى الكمين أو لم يدخل. وقال أبو حنيفة: لا يلزم ما لم يدخل يده.

ولو ارتدى بقميص أو جبة فلا بأس لأنه لا يحيط به، وكذلك إذا التحف به نائماً، ولا بأس بالهميان والمنطقة وإن أحاطت، ولا يزار عقد أطرافه بالعقد، ولو جعل لردائه شرجاً وعرى منظومة ففيه تردد لقربه من الخياطة، ولو اتخذ إزاراً ذا حجرة وجعل فيها تكة فلا بأس؛ لأن اسم الإزار باق، فلو شق الإزار من ورائه وجعل له ذيلين ولف كل ذيل على ساق، قال العراقيون: يمتنع ذلك.

هذا كله فى غير المعذور، فإن كان معذوراً بسبب حر أو برد حل اللبس ولكن لزم الفدية، فإن كان بسبب من جهة الشرع فلا فدية فيه كما إذا لم يجد إلا سراويل، ولو فقه لم يأت منه إزاراً ولبسه فلا فدية. قال رسول الله ﷺ: «من لم يجد إزاراً فليلبس السراويل، ومن لم يجد النعل فليقطع الخفين أسفل من الكعبين»^(١).

والتعويل على الخير؛ لأنه لو كان لأجل ستر العورة لجاز لبس السراويل مع القدرة على الإزار كما فى المرأة، ولذلك لا يكلفه أن يرفع السراويل إلى الركبة.

وأما الخف فسائر محظور والنعل جائز، وإحاطة الشراك بالاستمساك لا يعد ساتراً، وفى الجمشتك خلاف، منهم من حمل ذلك القدر على الاستمساك كالنعل، ويشهد له بسقوط الفدية إذا قطع الخف أسفل من الكعبين.

«التياب فى الإحرام؟ فقال النبى ﷺ: لا تلبسوا القمص، ولا السراويلات، ولا العمائم، ولا البرانس، ولا أن يكون أحد ليس له نعلان، فليلبس الخفين وليقطع أسفل الكعبين، ولا تلبسوا شيئا مسه الزعفران ولا الورس، ولا تنقب المحرمة ولا تلبس القفازين، هذا اللفظ عند البخارى (ح ١٨٣٨)، وأخرجه أبو داود (٤١١/٢)، والترمذى (١٩٤/٣، ١٩٥)، والنسائى (١٣٣/٥)، والبيهقى (٤٦/٥)، وفيه دليل على أن الواجب على المرأة النقاب ولبس القفازين إلا فى الإحرام، فإن خفن الفتنة أسدلن على وجوههن من فوق روعسهن سداً خفيفاً؛ يدل على ذلك حديث عائشة رضى الله عنها قالت: «كنا مع رسول الله ﷺ ونحن محرمون، فإذا مر بنا ركب سد لنا على وجوهنا الثوب من قبل روعسنا، وإذا جاوز الركب رفعناه، لكن الحديث، فيه يزيد بن أبى زياد، وقد سبق الكلام عنه. وأخرجه أبو داود (٤١٦/٢)، ابن ماجه (٩٧٩/٢)، والبيهقى (٤٨/٥)، وله شاهد من حديث أسماء بنت أبى بكر من طريق هشام بن عروة، عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء. أخرجه مالك (٣٢٨/١)، وابن خزيمة (وصححه ٢٦٩٠)، والحاكم وصححه (٤٥٤/١).

(١) سبق ذكره وتخريجه من حديث ابن عمر.

أما القفازان فقد ورد النهي عن لبسهما في اليدين، وهو محرم على الرجل وفي المرأة قولان، أصحهما الجواز، فإن لها ستر سائر بدنهما سوى الوجه، ووجه المنع: عموم النهي.

ولو اتخذ للحية خريطة أو لعضو مفرد غلافًا محيطًا ففى إلحاقه بالقفازين تردد؛ لأنه غير معتاد.

النوع الثاني التطيب

ويحرم استعمال الطيب قصدًا، فلنذكر الاستعمال والطيب والقصد.

أما الطيب: فكل ما يقصد رائحته وإن كان منه يقصد غيره، فالزعفران طيب، وفي معناه الورس وهو أشهر طيب اليمن، والفواكه الطيبة ليس بطيب كالأترج والسفرجل، وكذا الأدوية كالقرنفل والدارصيني؛ إذ لا يظهر منه قصد الرائحة.

وأما النبات: فالقيصوم والأزهار الطيبة في الوادي ليس طيبًا، إذ لو ظهر ذلك لاستثبت قصدًا.

والورد والبنفسج والنرجس والضميران، وهو الریحان الفارسي، طيب، وإنما تردد نص الشافعي في الریحان لأنه لا يعد طيبًا في بلاده، وفي البنفسج وجه: أنه ليس بطيب، وهو بعيد.

وأما دهن الورد ودهن البنفسج فيه وجهان، وأما البان ودهنه فليسا طيبين.

وقد قيل: إنه يعتبر عادة كل ناحية في طيبه، وذلك غير بعيد.

فرع: إذا تناول الخبيص المزعفر قال الشافعي، رضى الله عنه: إن انصبغ لسانه فعليه الفدية. فعول على اللون.

ومنهم من قال: استدل به على بقاء الرائحة، ومنهم من قال: اكتفى ببقاء اللون لدلالته على بقاء جرم الطيب، وإن سقطت رائحته.

ويتنبى على هذا تردد في جرم الطيب إذا بقى على الثوب دون رائحته، بأن كان بحيث لو أصابه الماء لفاحت الرائحة، فالرائحة غير ساقطة بل هي راكدة، وعليه يخرج ماء الورد إذا مزج بالماء حتى ذهبت رائحته.

أما الاستعمال: فهو إلصاق الطيب بالبدن أو الثوب، فلو ألصق الطيب بعقبه مثلاً

لزمته الفدية ولزمته المبادرة إلى الإزالة كالنجاسات.

وإن عبق به الرائحة دون العين بجلوسه على حاتوت عطار، أو في بيت يجمر ساكنه فلا فدية؛ لأن التطيب لا يقصد، كذلك ولو احتوى على بحمرة لزمته الفدية لأنه قصد إليه.

ولو مس جرم العود والمسك ولم يعبق به رائحة فلا فدية، وإن عبق به فقولان؛ أحدهما: لا يلزم؛ لأنه غير معتاد، والثاني: يلزم لحصول الرائحة مع المسيس.

ولا خلاف أنه لو استروح إلى رائحة طيب موضوع بين يديه لم يلزمه فدية، ولو طيب فراشه ونام عليه لزمه، وكذلك إذا شد مسكاً على طرف إزاره، ولو حمل مسكاً في قارورة مصممة الرأس فلا فدية، وإن حمله في فارة^(١) غير مشقوقة ففيه وجهان.

فالظاهر أن الناسي فيها كالعامد، كما في إتلاف الأموال، وقيل: فيه قولان، ودل عليه نص الشافعي، رضى الله عنه، أن المغنى عليه لو انقلب على حراد فقتله فلا شيء عليه.

الثانية: إذا جهل كون الطيب محرماً فهو معذور كالناسي، ولو علم بحرمته ولم يعلم وجوب الفدية لزمته، ولو لم يعلم كونه طيباً فمسه ففيه وجهان، ولو علم أنه طيب ولم يعلم أنه رقيق مغبق به فالأصح وجوب الفدية.

الثالثة: إذا ألفت الريح عليه فلينفض ثوبه أو ليغسله ولا شيء عليه، ولو توانى لزمته الفدية، ولو لطخه غيره فالفدية على الملطخ، وهكذا قاله الأصحاب.

فرع: لو وجد ماء لا يكفيه إلا لإزالة الطيب أو الوضوء، قدم إزالة الطيب كما يقدم إزالة النجاسة؛ لأن للوضوء بدلاً وهو التيمم.

النوع الثالث

ترجيل شعر الرأس واللحية بالدهن محرم؛ لقوله عليه السلام: والحاج أشعث أغبر نفل^(٢).

وأما غسيل الشعر بالسدر والخطمي وغيره فحائز؛ لأن ذلك لإزالة الأنتان، والترجيل

(١) فأر المسك: وعاءه الذي يجتمع فيه. انظر المعجم الوسيط (٢/٦٧٠).

(٢) أخرجه الهيثمي (٣/٢١٨)، والزيلعي في نصب الراية (٣/٢٠، ٢٨)، والمنقلى الهندي (١١٨٩٢).

تنمية للشعر وتزين له في عادة العرب.

ولو دهن الأقرع رأسه فلا بأس؛ إذ لا تزين فيه، ولو كان الشعر مخلوقاً فوجهان؛ لأن فيه إصلاح المنبت وإن لم يكن تزيئاً.

والاكتحال فلا بأس به إذا لم يكن فيه طيب، والغسل جائز، وقال في القديم: إنه مكروه، وهو بعيد؛ إذ دخل ابن عباس، رضى الله عنه، حمام الجحفة محرماً، وقال: إن الله لا يعاب بأوصاحكم شيئاً^(١).

أما الخضاب في الشعر: تردد فيه قول الشافعي، رضى الله عنه، فقيل: إنه تردد في أنه هل يلحق بالترجيل أم لا لما فيه من التزين، وقيل: هو تردد في أن الحناء طيب أم لا؟ وهو بعيد، وقيل: تردد في أن الخريطة المحيطة باللحية هل يحرم اتخاذها أم لا؟ لأن الخضاب يحوج إليه.

النوع الرابع: التنظف بالخلق، وفي معناه القلم

وهو حرام، ويجب فيه الفدية، ويكمل الدم في ثلاث شعرات فصاعداً مهما أتين بإحراق أو نتف أو حلق.

وفي الشعرة الواحدة أربعة أقوال؛ أحدها: أنه مد وفي الشعرتين مدان؛ لأن المد مرجوع إليه في الشريعة حتى في صوم رمضان. والثاني: في الواحدة درهم وفي الاثنتين درهمان، واستأنس فيه مذهب عطاء.

والثالث: في الواحدة ثلث دم وفي الاثنتين ثلثان. والرابع: في الواحد يكمل الدم ولا تزيد بزيادته.

وهذا في شعر المحرم، فأما إذا حلق المحرم شعر الحلال فلا فدية فيه، خلافاً لأبي حنيفة، ولو قطع يد نفسه وعليها شعيرات فلا فدية عليه؛ لأنه لم يقصد إبانته. ولو امتشط لحيته فسقطت شعيرات فإن انتفت بامتشاطه لزمته الفدية.

وإن انسلت وكانت قد انفصلت بنفسها فلا فدية، وإن شك في ذلك قولان؛ أحدهما: لا شيء عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة. والثاني: يجب، إحالة على سبب ظاهر، كما يحيل موت الجنين على ضرب بطن أم.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٣/٥)، ومعرفة السنن والآثار (١٦٢/٧)، والدارقطني

(٢٣٢/٢)، والشافعي في الأم (١٢٥/٢).

هذا إذا حلق بغير عذر، فإن كان يؤذيه هولم رأسه جاز له الخلق ولزمته الفدية، وإن كان الذى من نفس الشعر كما إذا نبتت شعرة فى داخل الجفن أو انكسر ظفر وظهر التأذى فله أخذها ولا فدية عليه، كما إذا صال الصيد بنفسه.

وقيل: فيه وجهان يتنابح على ما إذا عم البلاد الجراد وتخطاها المحرمون فهل يضمنون؟ فيه قولان، ومسألتنا أولى بسقوط الدم لأن أذى الشعر لازم.

فرع: إذا حلق الحلال شعر الحرام بإذنه فالفدية على الحرام، وإن كان مكرها أو نائماً فالفدية لازمة وقراره على الحلال، وفى ملاقة الوجوب للمحرم قولان، فإن قلنا يلاقيه فتحمل الصوم غير ممكن وهو أحد خصال الفدية، فإن بادر الحرام وصام برئت ذمة الحلال، وإن بادر الحلال وفدى بالمال فلا شيء على الحرام، وعلى كل قول فللحرام مطالبة الحلال بإخراج الفدية وكأنه ذو حق فى أصل الأداء، وإن كان الحرام ساكناً فحلق بغير إذنه: منهم من ألحق السكوت بالإذن، ومنهم من أحقه بالإكراه.

النوع الخامس من المحظورات: الجماع

ونتيجه الفساد والقضاء والكفارة.

أما الفساد: فإن جرى قبل التحليل بعد الوقوف أو قبله ففسد. وقال أبو حنيفة: لا يفسد بعد الوقوف.

وإن جرى فى العمرة بعد السعى، وقلنا: الخلق نسك ففسد.

وإن قلنا: الخلق ليس بنسك، فقد حصل التحلل بالسعى، وليس للعمرة إلا تحلل واحد. وإن جامع فى الحج بين التحليلين لم يفسد حجّه؛ لأن تحريم اللبس والطيب قد ارتفع فلم يصادف الجماع إحراماً مطلقاً، وفيه وجه: أنه يفسد.

وإن قلنا: لا يفسد ففى واجبه وجهان؛ أحدهما: البدنة كما قبل التحلل، والثانى: شاة؛ لأنه محظور لم يفسد فأشبهه سائر المحظورات.

وفيه وجه: أنه لا يجب شيء، وهو بعيد.

ثم مهما فسد لزمه المضى فى فاسده، وهو أن يأتى بكل عمل كان يأتى به لولا الإفساد، ويكون فى عقد لازم يلزمه الفدية فيه بارتكاب المحظورات على المذهب، فلو جامع ثانياً فالواجب بدنة أو شاة؟ فيه قولان كما فى الجماع بين التحليلين، وفيه قول: إنه لا يجب شيء بالتداخل.

وواجب الجماع فى العمرة واجبها فى الحج من غير فرق.

أما الكفارة: فواجبة على الرجل، وفي المرأة قولان كما في الصوم مع الخلاف المذكور في ملاقة الوجوب لها والتحمل عنها، فإن قلنا بالتحمل فإذا لزمها القضاء فهل عليه مؤنة تحصيل القضاء لها يئذل المال؟ فيه وجهان.

أما القضاء: ففيه أربع مسائل:

الأولى: قال الشافعي، رضى الله عنه: إذا عاد في القضاء إلى ذلك المكان فرق بينهما. واختلفوا في أنه مستحق أو مستحب؟ فالظاهر: الاستحباب حذراً من أن يكون تذكير تلك الواقعة مهيئاً لشهوة العود إليها.

الثانية: إذا أحرم في الأداء من مسافة شاسعة يلزمه في القضاء الإحرام من ذلك المكان؛ لأن تأخير المكان نقصان في الإحرام، بخلاف ما لو أحرم في أول شهر من أشهر من الحج فإنه لا يلزمه في القضاء الإحرام في ذلك الوقت.

الثالثة: إنما يجب القضاء على المتطوع بالحج، فإن كان من فروض فما يأتي به قضاء يتأدى به ذلك الفرض الواجب؛ إذ يقوم القضاء مقام الأداء.

الرابعة: قضاء الحج على الفور أم على التراخي؟ فيه وجهان، أحدهما: على الفور كقضاء صلاة عصي بتركها. والثاني: لا؛ لأن قضاء الحج لا يزيد على الأداء.

وأما الصلاة: فيتعين القتل بتركها، فلا بد من التضييق فيجوز هذا الخلاف في قضاء صوم تعدى بتركه، وفي كفارة لزمّت بسبب محذور، فأما ما لا عدوان بسببه فلا تضييق في واجبه.

القارن إذا جامع: هل يلزمه دم القران؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه لم ينتفع بالقران. والثاني: بلى؛ لأن حكم الفاسد في لوازمه كحكم الصحيح. ثم العمرة تفسد بفساد القران قولاً واحداً، وهل يفوت بفوات الحج؟ فيه وجهان، ووجه الفرق: أن في الفوات بتحليل بأعمال العمرة، فلا معنى لتفويت عمرته.

هذا كله في العامد، وأما الناسي ففيه قولان يبتنيان على أنه من قبيل الاستماعات، فيكون النسيان عذاراً فيه.

فإن قيل: وهل يفسد بشيء سوى الجماع؟ قلنا: يبطل بالردة طالت أم قصرت. فلو عاد إلى الإسلام فهل يخاطب بالمضى في فاسده؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، كالجماع. والثاني: لا؛ لأن الردة تحبط ما سبق.

ومن أصحابنا من قال: لا يفسد بتخلل الردة، ولكن لا يعتد بما جرى في حال الردة، وذكر هذا في الرضوء والاعتكاف، وهو ما هنا أبعد.

النوع السادس: مقدمات الجماع كالقبلة والمماس

وذلك حرام موجب للفدية، والضبط فيه: كل ملامسة تنقض الطهارة، وجد الإنزال أو لم يوجد.

وقال مالك: لا يجب الدم إلا عند الإنزال.

ثم لا تجب البدنة بمقدمات الجماع، وإنما تجب الشاة.

وفى وجوب الفدية بالاستمناء في الصوم وجهان.

ومن مقدمات الجماع: النكاح والإنكاح، وهما محرمان على المحرم، ولكنه لا فدية؛ لأنه لا ينعقد، وفي رجعة المحرم وشهادته كلام.

فإن قيل: لو باشر جميع هذه المحظورات هل يتداخل الواجب أم لا؟ قلنا: إن اختلف الجنس لم يتداخل كالاستهلاك مع الاستمتاع، وإن اختلف النوع في الاستهلاكات لم يتداخل أيضاً كالقلم والحلق؛ لأن الاستهلاك بعيد عن التداخل، ولا خلاف في أن جزاء الصبوء لا يتداخل، وأما الاستمتاع إن اتحد النوع والزمان والمكان تداخلاً، كما إذا لبس العمامة والقميص والسرراويل والخف على التواتر المعتاد، فيكفيه دم واحد وإن استدام جميع الإحرام.

ولو تخلل بينهما زمان فاصل فقولان؛ أحدهما: لا يتداخل؛ للمنقطع. والثاني: نعم؛ لاتحاد النوع واتحاد العبادة، مع أنه واجب يفرق بين الساهى والعامد فيشبه الحدود، بخلاف الجماع في يومين من رمضان؛ لأنه يلاقي عبادتين.

فأما إذا اختلف النوع في الاستمتاع كالتهطيب واللبس فالظاهر التعدد، وفيه وجه: أنه يلحق اختلاف النوع باختلاف الزمان.

فروع ثلاثة: الأول: حيث حكمنا بالتداخل، فلو تخلل تكفير منع التداخل، كما إذا تخلل حد بين زنتين، إلا إذا قصد بالتكفير الماضي والمستقبل جميعاً، وقلنا: يجوز تقديم الكفارة على محظورات الإحرام، ففي امتناع التداخل به وجهان.

الثاني: إذا حكمنا بتعدد الواجب عند اختلاف نوع، واختلاف زمان، واتحد العذر الشامل، كما إذا تداوى لمرض واحد مراراً، أو شج رأسه فاحتاج إلى حلق وستر

ومداواة بالطيب، فهل يتحد الواجب لاتحاد العذر؟ فيه وجهان.

الثالث: لو حلق ثلاث شعرات في ثلاثة أوقات متفرقة، فإن قلنا: متفرقة الأزمنة كالمجموع فالواجب دم، وإن قلنا: لا يجمع فتلاثة دراهم أو ثلاثة أمداد. وأما الوطء إذا تكرر في زمانين فهو كالخلق في زمانين، وإن قلنا: إنه استهلاك. والتطيب في زمانين إن قلنا: إنه استمتاع، وأما كثرة الإيلاجات في وطء واحد لا يوجب تعدد الكفارة بحال.

النوع السابع من المحظورات: إتلاف الصيد

والصيد محرم بشيئين؛ أحدهما: الإحرام. والآخر: الحرم.

والنظر في الإحرام يتعلق بأطراف:

الأول: في الصيد، وهو عبارة عن كل متوحش مأكول ليس مائياً، فهذه ثلاثة قيود، أما الأول: فقد دخل فيه الصيد المملوك وغيره والمستأنس؛ لأنه من جنس المتوحش. وقال مالك: لاجزاء في المستأنس. وقال المزني: لاجزاء في المملوك، ويلتحق بهذا الصيد أجزاءه ويبيحه في التحريم والجزاء.

وأما المأكول: احترازاً عن السباع والحشرات وكل ما لا يؤكل، وقد قال ﷺ: خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم: الحية، والحدأة، والغراب، والعقرب، والكلب العقور^(١)، ويلتحق به كل ما في معناه.

وعند أبي حنيفة: يجب الجزاء في الأسد والنمر وأشباههما.

والمتولد عن المأكول وغير المأكول لما تعارض فيه الأمر أوجب الشافعي فيه الجزاء احتياطاً.

واحترزنا بغير المائي عن صيد البحر، فإنه حلال للمحرم، والجراد من صيد البر، وإن كان نشوءه من روث السمك على ما قيل.

والطرف الثاني: في الأفعال الموجبة للضمان، وهي ثلاثة: المباشرة والتسبب واليد.

ولا تخفى المباشرة، وكذا كل سبب يضمن به الآدمي ويزيد في الصيد أسباب ثلاثة.

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٨٢٩)، ومسلم (١١٩٨)، والترمذي (١٩٧/٢)، وأبو داود (١٧٦/٢)، والنسائي (١٨٧/٥ - ١٩٠)، وابن ماجه (٣٠٨٧).

الأول: لو حفر المحرم بئراً في ملكه فتردى فيه صيد: لم يضمن، ولو كان في محل العدوان ضمن. وساكن الحرم إذا حفر بئراً في ملكه ففيه وجهان، ووجه التضمنين: أن الملك من الحرم أيضاً. ولو نصب شبكه في غير ملكه ضمن، وفي ملكه وجهان أظهرهما الوجوب؛ لأن الشبكة لا تنصب إلا للصيد، وهذا جار في المحرم.

الثاني: لو نفر صيداً فتطلق وتعرثر بتطلقه: ضمن، إلا أن يقع ذلك بعد سكونه، ولو مات بأفة سماوية في وقت النفر ففيه وجهان، ووجه إيجاب الجزاء: تنزيل النفر منزلة إثبات اليد، ولو دل المحرم حلالاً على الصيد عصي ولا جزاء؛ لأن مباشرة غيره قطع أثر دلالاته.

الثالث: لو أرسل كلباً: ضمن ما يصطاده، ولو حل الرابض ولا صيد ثم ظهر ففيه تردد، ولو انحل الرباط في صورة نسب إليها إلى التفريط فهو كحله. وأما اليد فإذا أثبت على صيد قتل ضمن، إلا إذا أحرم وفي يده صيد ففي لزوم رفع اليد قولان؛ أحدهما: لا يلزمه، كما لا ينقطع دوام نكاحه، وإن امتنع ابتداءه. والثاني: يلزمه؛ لأن النهي مطلق.

فإن قلنا: لا يلزمه فلو قتله ضمن؛ لأنه ابتداء فعل، وإن مات فلا. وإن قلنا: يجب إرساله ففي زوال ملكه ثلاثة أقوال؛ أحدها: أنه يزول بمجرد الإحرام. والثاني: أنه لا يزول إلا بالإرسال. والثالث: أنه لا يزول إلا بالإرسال وقصد التحريم.

ثم لو أحرز الإرسال حتى تحلل فالأمر مستمر بالإرسال، وفيه وجه: أنه ينقطع.

وأما أسباب الملك: فما هو قهري كالإرث لا يمنع الملك على الصحيح، ولكن يجب الإرسال، وما هو قصدي كالاصطياد فلا يفيد الملك.

وفي الشراء قولان، كما في شراء الكافر عبداً مسلماً، إلا إذا قلنا: إن الإحرام يقطع دوام الملك فلا يصح الشراء بحال.

فإن صححنا الشراء فباعه حرم البيع، ولكن انعقد ووجب على المشتري الإرسال، وإذا أرسل فهل يكون من ضمان البائع؟ فيه من الخلاف ما في العبد المرتد، هذا كله من العامد والمخطئ، والناسي كالعامد في الجزاء إلا في الإثم؛ لأن هذا من قبيل الغرامات.

نعم لو صال عليه صيد فلا ضمان عليه في دفعه، ولو أكله ففي تخمصة ضمن، ولو عمت الجراد المسالك فوطئه المحرم ففيه وجهان، وإذا قصد المحرم لص على حمار وحش، ولم يتأت دفعه إلا بقتل الحمار، ففي الضمان وجهان.

فرعان: الأول: لو وجد صيدًا مجروحًا فأخذه ليدأويه فمات، فالصحيح: أنه لا يضمن؛ لأن يده أمانة.

الثاني: لو أمسك محرماً صيدًا فقتله محل: فالضمان على المحرم، وإن قتله محرم فقرار الجزاء على القاتل، وكل واحد مطالب شرعاً.

الطرف الثالث: في الأكل، ويجل للمحرم أكل صيد ذبحه محل إذا لم يصد له بإذنه ولا بدلالته ولا بإعانتة، فإن جرى شيء من ذلك فهو حرام؛ لقوله، عليه الصلاة والسلام، للمحرمين: «لحم الصيد حلال لكم ما لم تصطادوه أو يصاد لكم»^(١). وذبيحة المحرم من الصيد حرام عليه، وهل هو ميتة؟ فيه قولان؛ أحدهما: نعم، كذبيحة المحسوس. والثاني: أنه مباح ولا تحريم على غيره.

وفي صيد الحرم طريقان فهو أولى بأن يجعل ميتة؛ لأن المانع في نفس الذبيح، ثم مهما أكل المحرم من صيد لزمه جزاء ولو ذبحه لم يتكرر الجزاء بالأكل خلافاً لأبي حنيفة، ولو أكل من صيد دل عليه لزمه الجزاء على أحد القولين؛ لأنه لم يضمن أصله.

الطرف الرابع: في بيان الجزاء، وله ثلاث خصال: المثل من النعم، أو بقدر قيمة النعم من الطعام، أو بقدر كل مد من الطعام يوم من الصوم، فإن انكسر مد كمل وهو يتغير بين هذه الثلاثة، فإن لم يكن الصيد مثلياً فالواجب طعام بقدر قيمته أو عدل ذلك صياماً.

والعبرة في قيمة الصيد بعمل الإتلاف، وفي قيمة النعم بمكة؛ لأنه محل ذبحه.

فإن قيل: وكيف يجب المثل من النعم؟ قلنا: يرعى في المماثلة في الخلقة والكبر والصغر، وما وجد للصحابة فيه قضية اتبعت، فقد حكموا في النعمة بيدنة، وفي حمار الوحش ببقرة، وفي الضبع بكبش، وفي الأرنب عناق، وفي أم حبين، وهو من صغار الضب، جدى صغير، وفي الظبي عنز، وفي الكبير كبير، وفي الصغير صغير، فإن لم يجد نص الصحابة حكم بالاجتهاد ذوا عدل من المسلمين.

فإن كان القاتل أحد العدلين وكان مخطئاً في القتل كيلاً يفسق، فيه وجهان، أقيسهما: المنع إذ لا يكون الواحد حاكماً ومحكوماً عليه، لكن روى أن عمر، رضى الله عنه، شاور أحد الصحابة في صيد قتله، فتوافقا على التعديل بشاة، فأما ما ليس مثلياً كالعصافير وما دون الحمام، وكالجراد، والبيض، ففيها الطعام بقدر قيمتها أو الصيام،

(١) أخرجه أبو داود (١٨٥١)، والترمذي (٢٠٣/٣، ٢٠٤)، والنسائي (٢٨٢٧)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٢٩/٧).

وفي الحمام شاة، لقضاء الصحابة، وفي معناه كل ما عب وهدر من القمري والدمسى والفواخت، وفيما فوق الحمام من الطيور قولان: أحدهما: الشاة إلحاقاً بالحمام؛ لأنه أكبر منه. والثاني: لا؛ إذ لم يحكم الصحابة بالمشابهة شكلاً، بل لعل ذلك للخلق الجامع وهو الاستئناس.

فروع ستة: الأول: المعيب يقابل بالنعم المعيب إذا اتحد جنس المعيب، فإن اختلف لم يجبر عيب بفصيله، وكذا المريض بالمريض، وفي مقابلة الذكر بالأنثى ثلاثة أقوال: أحدها: الجواز؛ لأن الاختلاف فيه لا يقدح في المقصود كالاختلاف في اللون، والثاني: المنع؛ لأنه اختلاف في الخلقة. والثالث: أن الأنثى تجزئ عن الذكر؛ لأنه أفضل منه في الزكاة، وأما الذكر فلا يجزئ عن الأنثى.

وهذا الاختلاف إنما يحمّل إذا لم يظهر أثره في خبث اللحم ونقصان القيمة. الثاني: لو قتل ظبية حاملاً: لا فائدة في ذبح شاة حامل؛ إذ تبطل فضيلة الحمل بالدبح، فليرجع إلى تعديل الطعام بقيمة الشاة الحامل، وقيل: يخرج شاة حاملاً تعدل قيمة الحامل.

وإن ألفت الظبية حنيناً ميتاً بجناية فليس فيه إلا ما ينقص من الأم.

وقال أبو ثور: يلزم عشر قيمة الأم.

ولو ماتت الأم مات الجنين بعد انفصاله فعليه جزاؤهما جميعاً.

الثالث: إن جرح ظبية فنقص من قيمته العشر، فعليه العشر من ثمن شاة، نص عليه، وإنما لم يجب العشر من الشاة حذاراً من التحزنة. وقال المزني: عليه عشر شاة، فقيل: هو الصحيح.

الرابع: إذا جنى على صيد فأزمته، فالظاهر: فيه كمال الجزاء، كما في قطع يدي العبد، وقيل: قسط من القيمة أو المثل وهو بعيد. فلو أتلّف هذا المزمّن محرم فعليه جزاؤه معيياً.

ولو أبطل من النعامة قوة المشي وقوة الطيران وله امتناعات، ففي تعدد الجزاء وجهان.

ولو أزمته ثم قتله، اتحد الجزاء كما في النفس.

الخامس: إذا كسر بيض نعامة، وكانت مئرة: فلا شيء عليه، وإن كانت للقشرة قيمة؛ لأنه لم يبق حرمة الروح، ولو نفر طيراً عن بيضة حتى فسد ضمن.

السادس: المحرمون إذا اشتركوا في قتل صيد فعليهم جزاء واحد خلافاً لأبي حنيفة

فإنه شبه بالكفارة، والقارن إذا قتل صيداً فعليه جزاء واحد كالدية، ولو قتل المحرم صيداً حرمياً لم يتعدد الجزاء نظراً منا إلى اتحاد المثلث.

وهذه الفروع جارية في صيود الحرم.

السبب الثاني للتحريم: الحرم:

والنظر في ثلاثة أطراف: الأول: السبب: كل صيد يضمن بالإحرام يضمن بالحرم، وكذا السبب كالسبب ويختص هذا بأمور:

الأول: لو أدخل الحرم صيداً مملوكاً لم يحرم عليه، بل كان كالنعم بخلاف ما سبق.

الثاني: لو كان الصيد في الحرم والواقف في الحل، أو كان في الحل والواقف في الحرم فرمى وجب الضمان، ولو قطع السهم في مروره هواء طرف الحرم، والرامي والصيد كلاهما في الحل، ففيه وجهان، ولو أرسل في الحل إلى الصيد في الحل كلباً فتخطى الكلب طرف الحرم فلا جزاء إلا إذا لم يكن له طريق سوى الحرم، ولو اصطاد حمامة في الحل فهلك لها فرخ في الحرم، أو بالعكس ضمن كما في الرمي، ولو نفر صيداً حرمياً فنكس في طرف الحل قبل سكوت النفر ضمن.

الطرف الثاني: في الجزاء: وحكمه حكم الإحرام. وقال أبو حنيفة: يفارقه في أن الصوم لا يدخل جزأه. وعندنا لا فرق، فأما الشجر والحشيش فإنهما يحترمان في الحرم؛ لقوله ﷺ: «إن الله تعالى حرم مكة لا يعضد شجرها، ولا يختلى خلاؤها، ولا ينفر صيدها، ولا تحل لقطها إلا لمنشده قال العباس: إلا الإذخر فإنه لقبورنا وبيوتنا وسقوفنا. فقال: «إلا الإذخر، إلا الإذخر»^(١).

واختلفوا في أن غير الإذخر لو مست إليه حاجة دواء أو حاجة الإذخر فهل يلحق به؟.

ثم لا يحرم من نبات الحرم إلا ما لا يستتبت في جنسه كالعوسج والطرفا والأراك دون النخل والصنوبر والخلاف.

(١) الحديث أخرجه البخاري (ح ١٥٨٧) عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «إن هذا البلد حرمه الله، لا يعضد شوكه، ولا ينفر صيده، ولا يلتقط لقطته إلا عرفها. وحديث (١٨٣٣) عن ابن عباس مرفوعاً أيضاً: «إن الله حرم مكة، فلم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدى، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يختلى خلاها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها، ولا يلتقط لقطتها إلا لمعرفه. وأخرجه أحمد (٢٥٣/١)، وأخرج نحوه مسلم (ح ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥)، والبيهقي (٧١/٨)، والطبراني (٣٣٥/١١)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢١٠/٤، ٢٢١)، وابن عبد البر في التمهيد (١٦٠/٦).

فلو استتبت ما لا يستتبت أو نبت بنفسه ما يستتبت، فالنظر إلى الجنس لا إلى الحال خلافاً لصاحب التلخيص، وعلى هذا لو نقل أركاً حرمياً وعمره في الحل لم ينقطع حكم المحرم لكونه متعدداً.

ولا خلاف في أن تسريح البهائم في مراعيها جائز؛ لأنه عليه السلام إنما نهى حفظاً على البهائم والصيود، ولو اختلى لإعلاف البهائم ففى التحريم وجهان، ثم ضمان الحشيش والأشجار الصغيرة كضمان الحيوانات الصغيرة التي لا مثل لها من النعم، وأما الشجرة الكبيرة ففيها بقرة، وفي الصغيرة شاة، فكأنها سبع الكبيرة قاله الشافعي، رضى الله عنه، تقليداً لابن الزبير، وفي القديم قول: إن تأثير الحرم في النبات مقصور على التحريم فلا ضمان فيه.

الطرف الثالث: في مواضع الحرم:

والأصل مكة والمدينة ملحقة بها، قال ﷺ: «حرمت ما بين لابتيهما»^(١)، فهي في التحريم كمكة، وفي الضمان وجهان؛ أحدهما: يجب قياساً عليه، والثاني: لا؛ إذ ورد فيه سلب ثياب الصائد، فكأنه أوجب هذه الجناية.

وفي حكم سلبه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه في بيت المال. والآخر: أنه يفرق على محاييج المدينة القاطنين بها والعابرين كما في الجزاء. والثالث: أنه للسالب؛ لما روى أن سعداً، رحمه الله تعالى، طوّل هذا السلب، فقال: ما كنت لأرد شيئاً أمرني رسول الله ﷺ.

الموضع الثالث: وج الطائف، وقد نهى رسول الله ﷺ عن صيدها وشجرها وكلاهما^(٢).

قال صاحب التلخيص: من فعل ذلك أدبه الحاكم ولم ألزمه شيئاً قلته تحريماً. قال الشيخ أبو علي: هذا تردد في الكراهية والتحريم، فإن ثبت تحريمه لم يبعد الضمان كالمدينة، والظاهر نفى الضمان.

الرابع: النقيع: وقد حماه رسول الله ﷺ للصدقات، ولا يمنع إلا من كالأه، فإن تعرض

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٨٦٩، ١٨٧٣)، ومسلم (١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٧٢)، والترمذي (٣٩٢١، ٣٩٢٢)، وابن ماجه (٣١١٣)، وأبو داود (٢٠٣٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٣٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٩٩/٥)، وفي معرفة السنن والآثار (٤٤٠/٧)، وأبو داود (٢٢٤/٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٣٢)، وأحمد (١٦٩/١)، والبيهقي (٢٠٠/٥)، وفي معرفة السنن (٤٤٣/٧).

له فقى ضمانه بالقيمة وجهان ولا سلب، وفي أشجاره تردد لتردها بين الصيد والحشيش.

فرع: من يسلب بالمدينة، فلا يسلب إلا إذا اصطاد أو أرسل الكلب ويحتمل التأخير إلى الإتلاف، ولا يفرق في السلب بين الشجر والصيد، والمراد بالسلب ثيابه فقط لا كسلب القتيل، وإن كان عليه حلى فوجهان.

* * *

القسم الثالث من الكتاب

في التوابع واللاواق

وفيه بابان:

الباب الأول

في الموانع من إتمام الحج

وهي ستة: الأول: الإحصار من جهة العدو، وهو مبيح للتحلل في نص القرآن، وذلك متى احتاج في دفع الصادين إلى بذل مال ولو درهم، أو إلى قتال إلا أن يكونوا كفاراً ونقص عددهم عن الضعف، فيتعين القتال إن كان معهم أهبة، ولا يجوز التحلل. ولو أحاط العدو من الجوانب فقولان، ووجه المنع: أن التحلل ليس يريح منه فأشبهه المرض، فإنه لا يبيح التحلل عندنا خلافاً لأبي حنيفة.

ولو شرط التحلل عند المرض فقولان؛ القياس: منع التحلل. والثاني: الجواز؛ لما روى أنه عليه السلام قال لضباعة الأسلمية لما تعلت بالمرض: «أهلي واشترطي أن محلي حيث حبستني»^(١).

وعلى هذا إذا تحلل بالمرض فقى لزوم الدم وجهان تشبيهاً له بالإحصار.

ولو شرط التحلل بالإحصار فقى سقوط الدم وجهان، الظاهر: أنه لا يسقط.

الثاني: حبس السلطان، فلو سد على جميعهم جهة الكعبة فهو الحصر العام، ولو حبس شخصاً أو شردمة فطريقان؛ أحدهما: أنه كالعام. والثاني: فيه قولان، وجوز العراقيون التحلل، وردوا القولين إلى وجوب القضاء وهو أوجه.

الثالث: الرق، فللسيد أن يمنع عبده المحرم من الخروج إذا أحرم بغير إذنه، ولا يحلله إن أحرم بإذنه خلافاً لأبي حنيفة، ثم إذا منعه السيد تحلل تحلل المحصر، ولكنه لا دم له،

(١) أخرجه البخاري (٥٠٨٩)، ومسلم (١٢٠٧، ١٢٠٨)، وأبو داود (١٥٦/٢)، والنسائي (٢٧٦٥ - ٢٧٦٨).

فهل يتوقف تحلله على اليسار بالعتق؟ فيه خلاف مرتب على المحصر المعسر.

فإن قلنا: يتحلل من غير دم فمات وأراق السيد عنه دمًا وقع عنه؛ لأن المالك امتنع في الحياة لكونه مملوكًا مسخرًا ولا يسخر بعد الموت.

الرابع: الزوجية، فالمستطعة لحج الإسلام هل للزوج منعها عن الخروج؛ لأن الحج على التراخي وحق الزوج على الفور؟ فيه قولان، فإن أحرمت ففي المنع قولان مرتبان، وأولى بأن لا يجوز، وإن أحرمت لحجة التطوع ففي المنع قولان وأولى بالجواز، وإن كان التطوع أيضًا بالشروع، فإن قلنا: له المنع من الخروج فعليها أن تتحلل تحلل المعسر، فإن لم تفعل فالزوج يباشرها والإثم عليها لا على الزوج.

وقال أبو حنيفة: إذا وطئها على قصد التحلل حصل التحلل بفعله، وكذا لو حلق رأس العبد أو طيه.

الخامس: المستحق الدين أن يمنع المحرم من الخروج، إن كان قادرًا موسرًا وليس له التحلل، وإن كان معسرًا فليس له المنع، وإن كان الدين موجبًا فلا يمنعه وإن قرب الأجل، بل عليه أن يصاحبه أو يوكل من يطالبه عند حلول الأجل.

السادس: القرابة، وللأبوين منع الولد من التطوع بالحج، وعن فرضه طريقتان، قيل: إنه كالزوج، وقيل: لا ينتهي شفقة القرابة إلى المنع من الفرض.

فإن قيل: فما حكم التحلل والفوات؟ قلنا: أما المحصر فلا قضاء عليه، وعليه دم يريقه في محل الإحصار.

وقال أبو حنيفة: يلزمه أن يبعث إلى الحرم ويتوقف عليه تحلله وهو إبطال الرخصة.

ثم هل يجوز التحلل قبل إراقته؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه أقيم مقام الطواف الذي هو سبب التحلل، وعلى هذا المعسر إن قلنا: يعدل إلى الصوم، ففي توقفه على الصوم قولان؛ لأن الانتظار فيه طويل.

والثاني: أن التحلل لا يتوقف عليه، بل هو موجب التحلل لا موقعه، فيتحلل بالخلق، ويكفيه نية التحلل على الصحيح.

وأما القضاء: فلا يجب على المحصر، بل يعود إلى ما كان عليه قبل الإحرام، وفي معنى المحصر كل من تحلل بمنع غيره على ما سبق.

فأما إذا فات الحج بنوم أو تقصير: فلا يحل التحلل إلا بقاء البيت بطواف وسعى فإنه

سبب التحلل في العمرة، وقال في موضع: يطوف. فقيل: يكفي الطواف والصحيح هو الأول. ولا خلاف في أنه ليس عليه الرمي والمبيت بل يكفي أعمال العمرة. ثم المذهب: أنه لا تحصل به عمرة.

وأما العمرة فإذا أحرم بها لم يتصور فواتها.

ثم من فاته الحج يلزمه دم ويلزمه القضاء إن كان متطوعاً، وإن كان في فرض فالرجوع إلى الفرض يكفي فيه قضاء وأداء بخلاف الإحصار، فإنه لا تقصير فيه، فإن تركب العذر من الفوات والإحصار ففي القضاء خلاف، وذلك إذا وجد طريقاً أطول مما صد عنه فعدل إليه وفاته ففي القضاء قولان، ولو صابر الإحرام منتظراً لانهيار الإحصار ففاته الحج فقولان، ومنهم من قطع بوجوب القضاء لأنه استجلب الفوات إلى نفسه.

فرعان: الأول: لو فاته الحج أو فسد الإحرام قصد في بقية إحرامه عن لقاء البيت فيستفيد التحلل بالإحصار، ولكن لا يسقط عنه القضاء الذي سبق لزومه. وعليه دمان: أحدهما للإحصار، والآخر للفوات.

الثاني: إذا صد بعد الوقوف عن لقاء البيت ففي القضاء قولان، ووجه الوجوب: أن الإحرام تأكد بالوقوف، أما المراقبون قطعوا بسقوط القضاء عن كل ممنوع من لقاء البيت، وذكروا الخلاف في التمكن من لقاء البيت إذا منع من عرفة، وقالوا: في القضاء قولان.

الباب الثاني في الدماء وأبدالها

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في بيان التقدير والترتيب في الأبدال والمبدلات

والدماء ثمانية أنواع:

الأول: دم التمتع، قد اجتمع فيه الترتيب والتقدير في نص القرآن، وفي معناه دم القران ودم الفوات.

الثاني: جزاء الصيد، وهو على التعديل والتخيير، فلا ترتيب ولا تقدير لقوله تعالى: ﴿هَدْيَا بِالْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةً طَعَامَ مَسْكِينٍ أَوْ عَدَلَ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥].

الثالث: فدية الحلق، وفي بدله التقدير والتخيير، أما التخيير فمنصوص في القرآن^(١)،

(١) ففي الكتاب قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وأما التقدير فمأخوذ من حديث كعب بن عجرة، إذ خيره رسول الله ﷺ بين الدم وبين ثلاثة أصع، كل صاع أربعة أمداد، يطعم ستة مساكين، وبين صيام ثلاثة أيام^(١).

فهذه الأصول الثلاثة منصوح عليها في حكم التقدير والترتيب.

الرابع: الواجبات المجبورة بالدم، فيها ترتيب دم إلحاق لها بالتمتع، وتعديل للبدل جرياً على القياس؛ لأن التقدير لا يعرف إلا توقيفا، وأما الترتيب فله وجه معقول، وأدخل العراقيون التقدير في القياس، وقالوا: بدل هذه الدماء كبذل التمتع.

الخامس: الاستمتاع، كالطيب واللبس وتغطية الرأس والقبلة والاستمناة ومقدمات الجماع، في كل واحد منها دم ترتيب قياساً على التمتع، وهو دم تعديل جرياً على القياس، وفيه قول آخر: أنها دم تخيير اعتباراً بالخلق، والعراقيون اعتبروه بالخلق أيضاً بالتقدير وهو أبعد، وأما القلم فهو في معنى الخلق، فيظهر إلحاقه به.

السادس: دم الجماع، وفي الجماع المفسد بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فسميع من الغنم، فإن عجز قوم البدنة دراهم، والدراهم طعاماً، وصام عن كل مد يوماً، فهو دم تعديل وترتيب.

ونص الشافعي، رضي الله عنه، على التعديل فيه دليل على أنه ليس يدخل التقدير في القياس؛ إذ لم يلحقه بالخلق، وفيه قول آخر: أنه دم تخيير. وقيل: إنا وإن قلنا بالترتيب بين البدنة والبقرة والشيء السبعة.

السابع: الجماع الثاني أو الجماع بين التحللين، إن قلنا: فيه بدنة، فهو كالجماع الأول، وإن قلنا: شاة، فهو كالقبلة واللمس.

الثامن: دم التحلل بالإحصار، وهو شاة في نص الكتاب، فإن أعسر أو تعذر، فهل له بدل؟ فعلى قولين؛ أحدهما: لا؛ لأنه لم ينص على بدله ونص على بدل غيره. والثاني: أنه يجب قياساً للمسكوت عنه على المنطوق به.

فإن قلنا: يجب، فبأي أصل يلحق؟ فيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: أنه مثل دم التمتع، ترتيب وتقدير.

والثاني: أنه كدم الخلق تقدير وتخيير؛ لأنه تخلص من الأذى. والثالث: أنه مثل دم

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٨١٤)، وانظر أطرافه. ومسلم (١٢٠١)، وأبو داود (١٨٥٦) - (١٨٦٠)، والترمذي (٢٨٨٣)، والنسائي (٢٨٥١، ٢٨٥٢)، وابن ماجه (٣٠٧٩، ٣٠٨٠).

الواجبات المحبورة، تعديل وترتيب؛ لأنه ترك الأفعال الواجبة.

الفصل الثاني: في محل إراقة الدماء وزمانها

أما الزمان: فلا يختص شيء من دماء المحظورات والجبرانات بعد جريان سببها بزمان، وإنما يختص بأيام النحر الضحايا، وكذا دم التمتع والقران، وأما دم الفوات فيراق في الحجة الفائتة، أو في الحجة المقضية؟ فيه قولان؛ أحدهما: في الفائتة؛ لأن السبب قد تحقق. والثاني: لا، لمعنيين؛ أحدهما: أن هذه حجة ناقصة، وكأن الفوات أوجب القضاء والدم، فيريق في القضاء؛ ولأنه شبيه بالتمتع؛ لأنه أتى بأفعال عمرة وتمتع بالتحلل ليؤدي حجة في السنة الثانية، وعلى هذا المعنى لا يمتنع تقديمه على القضاء، إذ جوزنا تقديم دم التمتع على الحج، وإنما يمتنع ذلك في الصوم.

وأما المكان: فيختص بجواز الإراقة بالحرم، بخلافه لأبي حنيفة والأفضل النحر في الحج، بمعنى في العمرة عند المروة؛ لأنهما محل تحللها، وقد قيل: لو ذبح على طرف الحرم وفرق غصبا طريا على مساكن الحرم جاز، وقد قيل: من ارتكب محظورا أراقه في محل الارتكاب. وقيل: ما لزم بسبب مباح بعذر لا يختص بمكان، وما عصى بسببه فاختص بالحرم، وهذه الوجوه الثلاثة بعيدة، وأما الأكل من هذه الدماء فسيأتي حكمه بالحرم، وهذه الوجوه الثلاثة بعيدة، وأما الأكل من هذه الدماء فسيأتي حكمه في الضحايا. واختتام الكتاب ببيان الأيام المعلومات، وهي العشر الأولى من ذي الحجة عندنا وفيها المناسك. وأما المعدودات فهي أيام التشريق، وفيها الهدايا والضحايا.

* * *

كتاب البيع^(١)

لقد أحل الله البيع، واجتمعت الأمة على كونه سبباً لإفادة الملك. والنظر في أحكامه يتعلق بخمسة أقسام:

القسم الأول: في صحته وفساده. والثاني: في لزومه وجوازه. والثالث: في حكمه قبل القبض وبعده. والرابع: فيما يقتضيه مطلق ألفاظه في الثمار والأشجار، واستتباع الأصول الفروع. والخامس: في مداينة العيب وتصرفاتهم.

القسم الأول في بيان صحته وفساده

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركان البيع

وهي ثلاثة: العاقد والمعقود عليه، وصيغة العقد، فلا بد منها لوجود صورة العقد.

الركن الأول: الصيغة

وهي الإيجاب والقبول

وسبب اعتبارهما: الاستدلال بهما على الرضا، فإن الأصل هو التراضي. ولكن الرضا خفي فيناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه.

(١) معناه لغة: مقابلة شيء بشيء، على وجه المعاوضة. فيدخل فيه ما لا يصح تملكه كاختصاص، وما إذا لم تكن صيغة، ومخرج به (وجه المعارضة) رد السلام في مقابلة ابتدائه، فيطلق على مطلق المعارضة، ولفظه في الأصل مصدر، فلذا أفرد، وإن كان تحته أنواع، ثم صار اسماً لما فيه مقابلة، ثم هو مصدر باع.

قال صاحب (المختار): (باع الشيء يبيعه بيعاً مبيعاً شراه، وهو شاذ، وقياسه مباعاً، وباعه: اشتراه، فهو من الأضداد، وفي الحديث: [لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبع على بيع أخيه] أى: لا يشتري على شراء أخيه، لأن النهي وقع على المشتري لا على البائع، والشيء (مبيع) (ومبيع) مثل: مخيط ومخيوط، ويقال للبائع والمشتري: (بيعان) بتشديد الياء، و(أباع) الشيء: عرضه للبيع، و(الابتياح) الاشتراء، ويقال: (بيع) الشيء على ما لم يسم فاعله بكسر الراء، ومنهم من قلب الياء واواً فيقول: (برع) الشيء. ومنه قول الشاعر:

لَيْسَتْ وَهْلَ يَنْفَعُ شَيْئاً لَيْتُ لَيْتَ شَيْباً بُوعَ فاشتريت

انظر: لسان العرب (٢٣/٨) الصحاح (١١٨٩/٣) المصباح المير (١١٠/١) شذا العرف للحملوى (ص ٤٤).

ويُتفَرع عن هذا الأصل ثلاث مسائل، نذكرها في معرض السؤال.

فإن قيل: فليكتف بالمعاطاة، فإنها دلالة على الرضا في المحقرات. قلنا: الأفعال مترددة، ما صيغت للدلالة على الضمائر، وإنما العبارات هي الموضوعات لهذا الغرض فكان الحكم منوطاً بها.

وقد ذهب أبو حنيفة، رحمه الله، إلى الاكتفاء به في المحقرات. وهو قولٌ خرج ابن سريج.

فإن قيل: فليكتف بقوله: بعنى، وقول المخاطب: بعث. قلنا: فيه وجهان، أقيسهما: الاكتفاء به كما في النكاح. والثاني: لا يكفي به، لأنه قد يقول: لاستبانة الرغبة، فينوب عن قوله: هل تبيع؟ وأما النكاح فلا يقدم عليه فجأة في غالب الأمر، فتكون الرغبة قد ظهرت من قبل.

فإن قيل: فلينعقد بالكتابة مع النية، فإنها تدل على الرضا، قلنا: قطع الأصحاب بذلك في الخلع، والكتابة، والصلح عن دم العمد، والإبراء، وكل ما يتصور الاستقلال بمقصوده دون قبول المخاطب في بعض الأحوال؛ لأنه ليس يعتمد فهم المخاطب.

وقطعوا بالبطلان في النكاح ويبيع الوكيل إذا شرط عليه الأشهاد، لأن الشهود لا يطلبون على النية.

واختلفوا على وجهين في المعاوضات المحضة، ووجه المنع: أن الإيجاب والقبول سبب لقطع النزاع إذا كان صريحاً، والنيات يطول فيها النزاع، فليشترط التصريح للمصلحة كما في النكاح.

فإن قيل: فلو توافرت القرائن حتى أفادت العلم انقطع الاحتمال والنزاع.

قلنا: أما النكاح، ففيه تبعاً للشرع في اللفظ، وأما البيع المقيد بالإشهاد وغيره، فالظاهر عندي الانعقاد وإن لم يتعرض له الأصحاب.

الركن الثاني: العاقد

وأهلية المعاملات تستفاد من التكليف، فتصرفات الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه، وبالغبطة والغبنه باطلة. خلافاً لأبي حنيفة.

نعم في تدبيره ووصيته وروايته وإسلامه خلاف في موضعه. وفي البيع الذي يختبر به الصبي لإيناس الرشد، خلاف، والأولى منعه.

ولا يعتد بقبض الصبي أيضاً، فإنه سبب ملك أو ضمان فلو قال: أد حقى إلى الصبي، فادى: لم يبرأ؛ لأن ما فى الذمة لا يتعين ملكاً إلا بقبض صحيح. بخلاف ما لو قال: رد الوديعة إليه فإن الوديعة متعينة. ولو سلم الصبي درهمًا إلى صراف لينقذه له فأخذه، دخل فى ضمانه، فليرده على وليه. ولو رد عليه لم يبرأ.

وفى إخبار الصبي عن التملك فى إيصال الهدية، وعن الإذن عند فتح الباب طريقان؛ منهم من خرجه على الخلاف فى روايته. ومنهم من قطع بالقبول؛ اقتداء بالأولين وعادة السلف. ولا شك فى القبول إذا ظهرت القرائن، فإن العلم إذا حصل سقط أثر إخباره.

أما إسلام العاقد فغير مشروط، إلا فى شراء العبد المسلم. وفيه قولان: أحدهما: أنه لا يصح من الكافر؛ لما فيه من الذل، ولأنه يقطع ملكه لا محالة، فدفعه أولى. والثانى: أنه يصح؛ لأن الملك متصور له على المسلم فى الإرث، فسبب الملك صحيح فى حقه. والأصح: المنع، خلافاً لأبى حنيفة.

وفى شراء الكافر المصحف قولان مرتبان، وأولى بالمنع، لأن العبد يدفع الذل عن نفسه.

وفى الملك الذى يستعقب العتق، كشراء الكافر ولده المسلم، أو كشرائه من شهد من قبل بحريته وجهان مرتبان، وأولى بالصحة؛ لاستعقابه الحرية ضرورة.

ولو قال الكافر: أعتق عبدك المسلم على، فأعتق، ففى وقوعه عنه وجهان مرتبان وهذا أولى بالنفوذ؛ لأن الملك حصل ضمناً، فيبعد اعتبار الشرائط فيه.

التفريع: إن أبطلنا الشراء، فعليه فروع أربعة:

أحدها: فى الارتهان والاستتجار وجهان؛ أحدهما: يصح؛ إذ ليس فيهما ملك؛ والثانى: المنع؛ لأن الاستيلاء بالانتفاع والحبس إذلال.

فإن صححنا الإجارة، فهل يكلف الكافر أن يؤجره من مسلم؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يلزمه، كما فى الشراء. والثانى: لا؛ إذ المسلم إذا عمل بأجرة لم يكن فيه ذل، وكأنه يعمل لنفسه.

والأولى: جواز الرهن والإجارة، كما فى الإيداع والإعارة. وأما الإجارة الواردة على الذمة فلا خلاف فى جوازها.

والثانى: المسلم إذا اشترى العبد المسلم لكافر لم يصح، وإن اشتراه كافر لمسلم؛ إن

صرح بالإضافة إلى المسلم صح، وإن أضمر فوجهان يتيان على تعلق العهدة بالوكيل.
الثالث: إذا اشترى المسلم عبداً مسلماً من كافر بثوب، فوجد الكافر عيباً بالشوب، ففى رده ليعود العبد إليه وجهان؛ أحدهما: لا؛ لأنه توصل إلى جلب الملك بالاختيار.
والثاني: يجوز؛ لأن الاختيار فى الرد.

أما عود العوض إليه فيقع ضرورة قهراً.

وكذلك المسلم إذا وجد عيباً بالعبد ففى رده إليه وجهان؛ لأنه ممنوع عن التملك كما يمنع الكافر عن التملك. ثم إذا منعنا الرد تعين الأرش، وكان ذلك عذراً مانعاً.

الرابع: لو كان العبد كافراً فأسلم قبل القبض؛ فينفسخ العقد كما ينفسخ بالموت؟ أو يثبت الخيار، كما يثبت بالإباق؟ فيه وجهان؛ وتشبيهه بالإباق أولى.

هذا إذا اشتراه من مسلم، فإن اشتراه من كافر ففى الانفساخ وجهان مرتبان، وأولى بالأى ينفسخ؛ لأنه كيفما تردد انقلب إلى كافر، فلاستصحاب أولى.

فإن قضينا ببقاء العقد فيقبضه الكافر ثم يباع عليه؟ أم يستيب القاضى عنه من يقبضه كيلاً يذل العبد بقبضه؟ فيه وجهان.

وإن فرعنا على قول الصحة، فيباع عليه بعد قبضه أو قبض القاضى عنه على وجه، وكذلك متى أسلم فى دوام الملك.

فلو مات قبل البيع بيع على وارثه، وينقطع عنه المطالبة بالإعتاق، وكل ما يزيل الملك، ولا ينقطع بالتزويج والرهن والإجارة.

وهل ينقطع بالكتابة وإن كانت لا تزيل الملك فى الحال، لإفضائها إلى الزوال ولزوم الحجر فى الحال؟ فيه وجهان؛ وأولى بالاكفاء بها.

ولو رضى بالحيلولة بينهما لم يكتف به إلا فى المستولدة، فإن يبيعها متعذراً، وإعتاقها تخسير، فيستكسبها لأجله فى يد غيره. وقيل: إنه تعتق عليه، وهو بعيد.

الركن الثالث: المعقود عليه

وهو المبيع

وله خمسة شروط:

وهو أن يكون طاهراً، متنعاً به^(١)، مملوكاً للعاقِد أو لمن يقع العقد له، مقدوراً على

(١) وفى ذلك حديث جابر، وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مرفوعاً: [إن الله ورسوله حرّما بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام، ققيل: يا رسول الله أرايت شحوم الميتة فإنه يطلى بها=

تسليمه، معلوماً للمتعاقدين.

الشرط الأول: الطهارة:

ولا يجوز بيع السرقين^(١) وسائر الأعيان النجسة، بخلاف لأبي حنيفة. ومعتمد المذهب الإجماع على بطلان بيع الخمر والجيفة، والعذرة. ومنفعة العذرة تسميد الأرض ومنفعة الجيفة إطعامها لجوارح الطيور، ومنفعة الخمر مصيرها خللاً، كما يصير الصغير ابن اليوم منتفعاً به في الكبر، فلا علة لبطلان بيعها إلا النجاسة^(٢).

— السفن، ويستصبح بها؟ فقال: لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها، وأكلوا أثمانها] أخرجه البخاري (ح ٢٢٣٦) ومسلم (ح ١٥٨١/٧١) وأحمد (٣/٣٢٤، ٣٢٦) وأبو داود (ح ٣٤٨٦) والترمذي (١٢٩٧) والنسائي (٣٦٠: ٣٠٩/٧) والبيهقي (١٢/٦) وابن ماجه (٢١٦٧) وأبو يعلى (١٨٧٣) وعن ابن عباس وغيره رضى الله عنهم مرفوعاً لما نزل تحريم الخمر قالوا: يا رسول الله ألا نبيع؟ قال: [إن الذي حرم شرها حرم بيعها] أخرجه مسلم (١٥٧٩/٦٨)، والنسائي (٣٠٨٠: ٣٠٧/٧) ومالك (٨٤٦/٢) وأحمد (٢٣٠/١) والدارمي (٢٥٦/٢) والبيهقي (١١/٦) ومجمع الزوائد (٩٢/٤).

(١) [السُّرَّقِيْنَ]: السُّرَّجِيْنَ: الزُّبُل. انظر: المعجم الوسيط (١/٤٢٨، ٤٢٥).

(٢) قلت: العلة: ما يلزم من وجودها وجود حكم ويلزم من عدمها عدم الحكم. والسبب كذلك؛ إلا أن العلة تكون مناسبة للحكم أى أن العقل يدرك بوضوح تبريراً لهذه العلة التى أوجدت الحكم. كما ذكر المصنف أن علة تحريم ما ذكره كالخمر وغيرها هى النجاسة.

فإن لم يدرك العقل بوضوح تبريراً لوجود الحكم لم يكن علة بل يسمى سبباً. هذا هو مذهب الجمهور كما تقرر فى الأصول. ومن ثم نقول: إن لهذه الأشياء التى أبطل الشرع بيعها أسباباً أخرى بدأ يظهر بعضها فصارت عللاً فى عصرنا هذا مثال مسألة «جنون البقر» التى حدثت فى العالم خاصة فى قلعة الطب كما يقولون والتى أعدم فيها ملايين من الأبقار والثروة الحيوانية بسبب إدخال الميتة والدم وغير ذلك من المحرمات فى توليفة الأعلاف التى ثبت لهم علمياً أن دخول هذه المحرمات فى الأعلاف تزيد نسبة البروتين إلى ٨٥٪ بدلاً من ٤٠:٣٠٪ التى كانت تعطىها النسبة الحلال، فلم تكن العلة فى التحريم هى النجاسة فقط كما ذهب إلى ذلك المصنف من جواز الانتفاع بها فى أغراض أخرى، بل هناك أسباب أخرى لا يعلمها إلا الذى حرمها. والذى يتلقى من الشارح الحلال والحرام على أنهما عبادة حرم ما حرم الله سواء كان للحكم سبباً أو علة ولا يسعه إلا طرح الحرام دون الوقوف على علة الحكم.

وأول أيضاً أنه ما من حرام إلا وله مصلحة ومنفعة لكن إثمها أكبر وهو ما يكفى لطرحة كما صرح بذلك القرآن فى الخمر؛ وقد تقرر فى الأصول أن هناك سبباً مشروعاً: وهو الذى يؤدى إلى تحقيق مصلحة معتبرة شرعاً بطريق الأصابة، وإن أدى إلى تحقيق المفسدة تبعاً وكالجهاد. وسبب غير مشروع: وهو ما يؤدى إلى مفسدة أصلاً، وإن أدى إلى المصلحة تبعاً. فإذا وجد السبب وتوافرت شروطه وانتفت موانعه يكون سبباً شرعياً ويترتب عليه وجود الحكم سواء

فرع: الودك^(١) النجس بوقوع نجاسة فيه، إن حكمنا بإمكان غسله جاز بيعه، وإلا ابتنى على جواز الاستصباح به، وفيه قولان؛ ووجه المنع: انتشار دخانه النجس مع تعذر الاحتراز عنه. وبالنجاسة يعلل عند الشافعي، رضى الله عنه، امتناع بيع الكلب والخنزير، وقد ورد الخبر^(٢) فيه أيضاً.

وقال أبو حنيفة ومالك: يصح بيعه، والخنزير لا يباع وفقاً.

وما يتولد من الكلب والخنزير أو من أحدهما وحیوان طاهر؛ فله حكمهما في بطلان البيع.

الشرط الثاني: أن يكون منتفعاً به:

فيه تتحقق المالية، وما لا منفعة له ثلاث أقسام: أحدها: أن تسقط المنفعة للقلة، كالحبة من الحنطة. وما ليس له منفعة محسوسة في ذاته إلا بضم غيره إليه فيبيعه باطل، ومن أتلفه فلا شيء عليه؛ إذ لا قيمة له. وقال القفال: عليه مثله إن كان من ذوات الأمثال، وحالفة غيره.

الثاني: أن تسقط منفعته لخسسته، كحشرات الأرض من الخنافس والعقارب. وأما الهرة والفيل والنحل، ففيها منفعة فيجوز بيعها. ولا منفعة للأسد والنمر وما لا يصطاد من السباع، ولكن فيها وفي الحمار الذي تكسرت قوائمه وجة لا بأس به: أنه يصح بيعها لخلودها، بخلاف جلد الميتة، فإنه لا يباع لنجاسته، لا لعدم المنفعة.

وفى بيع العلق، وفيه منفعة المص للدم والسم الذي لا يصلح إلا بالقتل تردد، والأولى الصحة. ووجه المنع: أنه لا يحتفل بهذه المنفعة، إذ قد ينتفع بحبة واحدة تجعل في فخ

كان تكليفاً كالصلاة أو وضعياً كالبيع والشراء. وسواء أدرك العقل تبريراً له أو لم يدرك. وهذا والله أعلم.

(١) [وَدَكٌ] يُؤَدُّ وَدَكًا: سمن. فهو [وَدَكٌ]. وودك يئد: صار بها الودك. ويقال لحمٌ وَدَكٌ: ذو وَدَك، وهي وَدَكَة. انظر: المعجم الوسيط (١/١٠٢٢).

(٢) ورد الخبر في النهي عن ثمن الكلب عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم نذكر منه ما رواه أبو مسعود الأنصاري رضى الله عنه: [أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن] أخرجه البخاري (ح ٢٢٣٧ وانظر أطرافه) ومسلم (٣٩/١٥٦٧) وأبو داود (٣٤٨١) والترمذي (١٢٧٦) والنسائي (٣٠٩/٧) وابن ماجه (٢١٥٩) وأحمد (٤/١١٨، ١١٩، ١٢٠) والدارمي (٢/١٧٠، ١٧١) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٥١) والبيهقي (٦/١٢٦).

الطائر ولا يعتد بمثل ذلك.

ويجوز بيع لبن آدمية خلافاً لأبي حنيفة؛ فإنه طاهرٌ منتفع به، وليس بآدمي.

ويجوز بيع الماء على شاطئ البحر، وبيع الصخرة على الجبال؛ لوجود المنفعة وإنما الاستعناء عنها لكثرة، وكذا بيع التراب. وقيل: الماء لا يملك، وهو بعيد.

الثالث: ما سقطت منفعته شرعاً، كالمعازف، وما هي لغرض محرم لا يصلح لغيره فتلك المنفعة المحرمة شرعاً كالعدومة حساً. نعم، إن كان رضاضة بكسر بعد تقدير الكسر يتمول، ففي صحة بيعه، اعتماداً عليه، ثلاثة أوجه.

والأظهر: أنه إن كان من ذهب، أو فضة أو عود، أو شيء نفيس صح؛ لأنه مقصودٌ فغلب قصد الصنعة.

وإن كان من خشب فلا لأن القصد مرتبطٌ بالصنعة، فلا يعتمد البيع غيره. وفي بيع القنية^(١) والكبش الذي يطلب للنطاح كلامٌ سنذكره.

الشرط الثالث: أن يكون مملوكاً للعاقدة:

فبيع الفضولي مال الغير عندنا باطلٌ، وقال أبو حنيفة: يقف على إجازته، وهو قول قديم لم يعرفه المراقبون.

ونص الشافعي، رضي الله عنه، على قولين فيمن غصب أموالاً واتجر فيها وتصرف في أثمانها:

أحدهما: بطلان البياعات، وتبعية بالنقض، وهو قياس المذهب. والثاني: أن المالك بالخيار، فإن شاء أجاز وأخذ الأثمان. وتعليله بالمصلحة والحاجة؛ لعسر تتبع التصرفات المتعاقبة.

فروع: لو قال: اشتريت لزيد، وهو ليس بوكيل، لم يقع عن زيد. وهل يقع عنه؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن الفاسد إضافته؛ فتخصص بالإفساد، ويبقى قوله: اشتريت. والثاني: لا؛ وهو الأولى؛ لأن الكلام يعتبر جملةً، وهو لم يشتر شيئاً لنفسه أصلاً.

(١) قوله «القنية» يقصد الأمة ومراده الأمة المغنية. وأصلها في اللغة: [القِيْ] العبد أو الأمة (يطلق بلفظ واحد للمذكر والمؤنث، والفرد والجمع) وقد يجمع على أقتان، وأقنة. وإنما سميت الأمة [قنية] مع أن أصلها [قِنْ] لأنها كسب خاص لصاحبها خالصة له. انتهى. وانظر: المعجم الوسيط (٧٦٣/٢، ٧٦٤)

فإن قيل: لو باع مالا على ظن أنه ملك الغير، فإذا هو ملكه، هل يصح؟ قلنا: نقل العراقيون قولين، فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت، فالقياس صحته، والظن الخطأ لا أثر له. ووجه المنع: أن مقتضى لفظه من حيث قرينة الحال تعليق البيع على الموت، وإن أتى بصيغة التنجيز فلا يكون بعبارة معرباً عن تنجيز الملك في الحال، وهو لا يعتد لنفسه ملكاً.

الشرط الرابع: أن يكون مقدوراً على تسليمه حتماً وشرعاً:

ومستنده النهى عن بيع الغرر^(١)، والعجز الحسى في الضال والآبق والمغصوب.

فروع ثلاثة: الأول: بيع السمك^(٢) في الخوض الواسع المسدودة المنافذ، والطيور المفلت في دار فيحاء الذى يقدر عليه ولكن بعد عمر وتعب، فيه وجهان: أحدهما لا؛ لأن مثل هذا التعب لا يحتمل في غرض البيع، فلا نظر إلى القدرة بعد تحمله.

والثاني، وهو الأول: الصحة؛ لأنه مقدور عليه، ومستند هذا الشرط النهى عن بيع الغرر، وهذا موثوق به؛ لأنه لا غرر فيه.

الثاني: بيع حمام البرج نهاراً، وعادته أن تأوى إلى البرج ليلاً، فيه وجهان: أحدهما: الجواز؛ كالعبد الغائب ثقة بعوده الطبيعي. والثاني: المنع؛ لأن الغرر ظاهر في عوده، بخلاف العبد. وهو الأول؛ إذ الاشتغال بأسباب التسليم من طلب العبد ممكن، وهما هنا لا طريق إلى الانتظار على غرر.

الثالث: المغصوب الذى يقدر المشتري على استرداده دون البائع فيه خلاف؛ لتعارض القدرة والعجز من الجانبين. والأولى الصحة؛ إذا المقصود التسليم، وهو ممكن في نفسه.

(١) وفيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: [نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر] أخرجه مسلم (١٥١٣/٤) والنسائي (٢٦٢/٧) وابن ماجه (٢١٩٤) وأحمد (٤٣٩، ٤٣٦، ٣٧٦/٢) والدارمي (٢٥١/٢) والبيهقي (٢٦٦/٥) والدارقطني (١٦، ١٥١٣).

(٢) أما في الماء الطلق ففيه حديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً [لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر] أخرجه البيهقي (٣٤٠/٥) والمتقي في كنز العمال (٩٥٨٤) والطبراني (٢٥٨/١٠) وأبو نعيم في الحلية (٢١٤/٨) والخطيب في تاريخ بغداد (٣٦٣/٥).

قال الشوكاني: في إسناده يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود. قال البيهقي: فيه إرسال بين المسيب وعبد الله، والصحيح وقعه، وقال الدارقطني في العلل اختلف فيه والموقوف أصح وكذلك قال الخطيب وابن الجوزي وقد روى أبو بكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً وفيه النهى عن بيع السمك في الماء فهو شاهد لهذا. انتهى (١٤٧/٥) قلت: ويزيد بن أبي زياد ضعفه أهل الحديث كما سبق ذكره.

نعم، لو كان المشتري جاهلاً فله الخيار. إذ البيع لا يكلفه تعيب الانتزاع، وإن كان عالمًا فله الخيار إن عجز، وإلا فلا. أما المعجوز عن تسليمه شرعاً فهو المرهون، فيعه باطل.

وفى بيع الدار المكراة خلاف سيأتي. وفى بيع العبد الجاني جنابة تعلق الأرض^(١) برقبته، قولان:

أحدهما: المنع كالرهن، وأولى فإنه أقوى من وثيقة الرهن؛ ولذلك يقدم الأرض إذا جنى العبد المرهون. والثاني: الصحة، وهو الأولى؛ لأنه لم يحجر على نفسه، وجنابة العبد لا تحجر عليه في ملكه وتصرفه، لكن يثبت متعلقاً في رقبته إن رغب السيد عن فدائه؛ ليكون عصمة لحقه بقدر الضرورة.

أما إذا استوجب العبد القطع بالسرقه، أو القتل بالردة، فيصح بيعه، إذ لا أرض. وفى القتل الموجب للقصاص خلاف مرتب على أن موجب العمد ماذا؟ وعلى كل حال فهذا أولى بمواز البيع؛ لأن الدية غير متعينة للوجوب.

التفريع: إن حكمنا بفساد البيع، ففي الإعتاق خلاف كما في الرهن، وإن حكمنا بالصحة، فلو كان معسراً بالفداء؛ فالظاهر المنع، وفيه وجه منقاس: أنه يصح، ولكن يثبت الخيار للمجنى عليه وإن كان موسراً مهما امتنع الفداء بسبب من الأسباب. أما السيد، ففي ثبوت الخيار له وجهان؛ ووجه الإثبات: أنه لم يصرح بالتزام الفداء فلا يلزمه. وله دفع الطلبة عن نفسه بالفسخ.

وهذا بعيدٌ عند علمه بجنابة العبد، فإنه بالتزام التسليم إلى المشتري التزم الفداء، فليؤاخذ بهما. ولكن لو كان جاهلاً، فيظهر إثبات الخيار له.

فروع: إذا باع نصفاً من نصل أو سيف أو آنية ينقصها التبعض فهو باطل؛ لأن البيع لا يلزم بنقيض غير المبيع، والشرع قد يمنع إذا كان فيه إسراف، فيتقاعد البيع عن إيجاب التسليم.

ولو باع ذراعاً من كرباس^(٢) لا تنقص بالقطع قيمته؟ فيه وجهان:

ذهب صاحب التلخيص إلى المنع؛ لأنه غير ممكن إلا بتغيير عين المبيع، والبيع لا

(١) [الأرض]: الشجة ونحوها، والأرض: دية الجراحة. والأرض: ما يسترد من ثمن المبيع إذا طهر فيه عيب. جمع [أرؤش] انظر: المعجم الوسيط (١/١٣).

(٢) [كرباس]: ثوب غليظ من القطن. (معرب) انظر: المعجم الوسيط (٢/٧٨١).

يلزمه. ولعل التصحيح أولى.

الشرط الخامس: أن يكون معلوماً للمتعاقدين:

والعلم يتعلق بعين المبيع، وقدره، ووصفه.

مرتبة من مراتب العلم: العلم بالعين^(١):

وهو شرط، فلو باع عبداً من عبيده، أو ثوباً من ثيابه، أو شاة من قطيعه لا على التعيين بطل؛ لما فيه من الغرر الذي يسهل اجتنابه؛ ولأن العقد لم يجد مورداً يتأثر به في الحال، فأشبهه النكاح.

وقال أبو حنيفة: لو قال: بعت عبداً من العبيد الثلاثة، ولك خيار التعيين؛ صح، ولم يصحح في الثياب، ولا فيما فوق الثلاثة، ولا دون شرط الخيار. وفساد هذه التحكمات بين.

فروع ثلاثة: أحدها: لو قال: «بعت صاعاً من هذه الصبرة»، وهى معلومة الصيعان؟ صح قطعاً، وإن كانت مجهولة؛ فوجهان يتيان على العلتين. إن عللنا بأن مورد العقد لم يتأثر به في الحال، بطل هذا العقد، فإن الإبهام موجود هاهنا.

وفى صورة العلم بعدد الصيعان، ينزل على الإشاعة، حتى لو تلف نصف الصبرة، انفسخ العقد بتلفه في ذلك القدر، والباقي يخرج على قولي تفريق الصفقة، وهذا اختيار القفال، وهو الأصح.

وإن عللنا بأن الإبهام منع لأجل الغرر، فلا غرر هاهنا؛ لتساوى أجزاء الصبرة، بخلاف العبيد، وبخلاف ما إذا باع ذراعاً من أرض لا على التعيين، فإن الغرض يختلف فيه باختلاف الجوانب، ويلزم عليه التصحيح إذا باع قدر صاع من جملة الصبرة، وقد فرقت صيعانها، وبه استشهد القفال، ويعده تصحيحه.

واستشهد بأنه لو قال: بعت منك هذه الصبرة إلا صاعاً وهى مجهولة الصيعان بطل.

فأى فرق بين استثناء المعلوم من المجهول، واستثناء المجهول من المعلوم، والإبهام يعمهما وفى الفرق غموض.

(١) وفى ذلك ما رواه أبو هريرة مرفوعاً [من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه] أخرجه البيهقي (٣٦٨/٥) والدارقطني (٥، ٤/٣) والزبيلى فى نصب الرأية (٩/٤) والمتقى الهندى فى كنز العمال (٩٧٠٣) والفتى فى تذكرة الموضوعات (١٣٥).

الثاني: إذا اشترى قطعة من الأرض محفوفة بملك البائع، فإن صرح بإثبات الممر ثبت حق الاحتياز من كل جانب، إلا إذا كان أحد جوانبها متاحفا للشارع، أو ملك المشتري، فالعرف يخصص المرور به.

وإن خصص بجانب من الجوانب، لا على التعيين، فسد للإيهام وتفاوت الأغراض.

وإن صرح بنفى الممر ففى صحة البيع، ولا منفعة للمبيع دون الممر، وجهان؛ أظهرهما: الصحة؛ إذ التوصل إلى الانتفاع بشراء الممر واستعارته وإجارته ممكن.

وإن سكت عن ذكر الممر فطريقان؛ أحدهما: أنه يقتضى الممر من كل جانب، اعتماداً على العرف. والثاني: أنه يخرج على الوجهين، كما إذا نفى الممر؛ لأنه ساكت عنه.

الثالث: لو عين جانباً من الأرض، وباع عشرة أذرع، ولكن لم يذرع حتى يتبين مقطع المالكين فى العيان ففيه وجهان؛ أظهرهما: الصحة؛ للتعيين وانتفاء الغرر ووجود العيان. ولو باع الصوف على ظهر الحيوان ولم يعين المقطع فسد، لأن العادة تتفاوت فى مقادير الجز، بخلاف الكراث، فإن العادة فى جزه تتقارب.

ولو قبض على كتلة وعين المحز: صح، وفيه احتمال؛ لأن يتعين به عين المبيع بخلاف الأرض والشجر فإن الجز والقطع لا يغيرهما.

المرتبة الثانية: العلم بالقدر: أما إذا كان فى الذمة، فلا بد من التقدير، سواء كان نقداً أو عرضاً.

فلو قال: بعث بما باع به فلان فرسه، أو ثوبه، أو بزنة هذه الصنحة لا يصح، لأنه غررٌ محتنب يسهل دفعه، ولا بد من تعريف جنسه.

وإذا تعارضت القود لابد من التعريف، فإن غلب واحد كفى الإطلاق وإن غلب فى العروض جنس واحد ففى الاكتفاء بالإطلاق اعتبار بالنقد، أو اشتراط الوصف، نظراً إلى أن الأصل فى العروض التفاوت، وجهان.

فروع ثلاثة: الأول: إذا قال: «بعث منك هذه الصبرة بعشرة دراهم»، وهى معاينة، غير معلومة الصيعان صح، وكذلك إذا باع بصرة معاينة من الدراهم؛ لأن العيان هو المنتهى عرفاً فى العقود.

ولو قال: «بعثك الصبرة، كل صاع بدرهم»، صح، وإن كانت مجهولة الصيعان، ولم

يكن مبلغ جملة الثمن معلوماً.

لأنه إذا رأى جنس المبيع وعرف قدر ثمن كل صاع انتفى الغرر، وسلك طريق معرفة الربح والخسران.

الثاني: إذا قال: وبعثك هذه الصبرة بعشرة، على أن أزيدك صاعاً، فإن أراد به التبرع بالزيادة، فهو شرط هبة في بيع، فيفسد.

وأن أراد إدخاله في المقابلة بالثمن، فإن كانت معلومة الصيعان صح، وإن كانت الصبرة عشرة أصيع، فمعناه: صاع وعشر بدرهم.

وإن كانت بجهولة لم يصح؛ لأنه لا يدرى أشتري بدرهم صاعاً وعشرًا، أو صاعاً وتسعاً، أو ما يتردد فيه، فيكون الثمن مجهول الجملة والتفصيل.

فإن قيل: فإذا تردد اللفظ بين الاحتمالات، فكيف يصح العقد بمجرد إرادة صورة الصبرة؟.

قلنا: يلتفت هذا على الأصح في انعقاد البيع بالكناية.

الثالث: إذا باع سمناً في بستوقة تتفاوت أجزاءها في الغلط والدقة، أو صبرة على أرض فيها حفر متفاوتة، فهذا يطل فائدة العيان في تخمين المقدار، لا في معرفة الصفة، ففيه ثلاث طرق:

قال الشيخ أبو علي في مجموعه: وجهان في أن البيع يصح؛ لأن معرفة المقدار بعد العيان لو كانت شرطاً لما صح البيع بصره من الدراهم غير موزونة. وهذا غريب لم يذكره في شرحه.

الثانية: أن العقد باطل. قطع به بعض المحققين؛ لأن غرره كفر الجهل بالصفة، وقد تعذر تخريجه على بيع الغائب؛ لأن الرؤية حاصلة، فمتى ثبت الخيار، أو كيف يلزم دون الخيار، وهذا هو المشهور.

الثالثة: وهو المنقاس تخريجه على بيع الغائب، فإنه لا يتقاصر عما إذا قال: بعثك الثوب الذي في كمي، فإن فيه قولين، فكذلك هاهنا، وهذا وجه التخريج، اختاره الشيخ أبو محمد.

ثم قياسه أن يقال: معرفة المقدار بالوزن أو برؤية الدكة وقت ثبوت الخيار، كما أن معرفة الصفة بالرؤية وقته في بيع الغائب.

التفريع: إن أبطلنا العقد، فلو نظر إلى صبرة ولم يدر أن تحتها دكة، فعقد اعتماداً على اعتقاده، فظهرت دكة فهل يتبين بطلان العقد، أم يقتصر على الخيار؟ وجهان:
اختار الشيخ أبو محمد الإبطال؛ لأن معرفة القدر تحقيقاً أو تخميناً شرط، وقد تبين فقد الشرط. والثاني: أنه يصح، اعتماداً على الاعتقاد.

المرتبة الثالثة: العلم بالصفات بطريق الرؤية: وفي اشتراطه في الشراء قولان وفي الهبة قولان مرتبان، وأولى بالأبطل؛ لأنه ليس من عقود المغايات، ليبعد عن الغرر. وذهب المزنّى إلى الإبطال؛ لأن الغرر المحتبب الذى يسهل إزالته يبطل العقد؛ لنهيهِ عن بيع الغرر.

ولا خلاف أن الشم والذوق في المسموم والمذوق غير مشروط؛ لأن الرؤية أعظم طريق يعرف به جميع الأشياء، فالصفات المرئية تدل على جميع المقاصد الخفية غالباً. واضطرب الأصحاب في مسألتين:

إحدهما: البائع إذا باع ما لم يره: منهم من قال: فيه قولان مرتبان، وأولى بالبطلان؛ لأن الخيار بعيدٌ عن البائع، قاله المرازقة. وقيل: أولى بالصحة؛ لأن المشتري محصل والبائع معرض، والمتملك بالاحتياط أجدر، قاله العراقيون. وأصح المذهب: البطلان في الشراء والبيع جميعاً.

ثم إن صححنا بيع الغائب، ففى ثبوت الخيار له عند الرؤية وجهان؛ أحدهما: الثبوت، كالمشتري. وقيل: لا يثبت؛ لأن جانبه بعيد عن الخيار.

ولذلك إذا ظن المبيع معيَّناً، فإذا هو سليم، لا خيار له وإن استضر به.

وهذا يبطل بخيار المجلس والشرط، فإنهما يشتركان فيه، وهذا من جنسه.

الثانية: في شراء الأعمى: طريقان ينشآن على أن التوكيل بالرؤية، والفسخ هل يجوز؟ وفيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه رأى مجرد، فصار كما إذا أسلم على عشر نسوة، ووكل بالاختيار. والثاني: الجواز؛ كالتوكيل بالرؤية والشراء.

فإن جازنا بالتوكيل خرج شراؤه على القولين، وإلا قطعنا بالبطلان؛ إذ لا سبيل إلى الإلزام ولا إلى خيار لا منتهى له.

وفى قبضه بالهبة والدين خلافاً مرتب على شرائه، وأولى بالصحة؛ لأنه فعل يبعد عن الغرر، ولو عمى بعد شراء الغائب فقلنا: لا توكيل فى الرؤية، انفسخ العقد لاستحالة التقييد.

وصحح الشافعى، رضى الله عنه، سلم الأعمى. فقال المزنى: لم يرد به إلا كنهه لأنه لا يعرف الصفات.

ومن الأصحاب من خالفه؛ لأنه يتخيل فرقاً بين صفات الرداءة والجودة.

التفريع: إن فرعنا على قول اشتراط الرؤية، فعليه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أن استقصاء الأوصاف على وجه يفيد الإحاطة بالمقاصد، هل يقوم مقام الرؤية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لحصول ثمرتها، وهى المعرفة. والثانى: لا؛ إذ الرؤية تطلع على دقائق لا تحيط العبارة بها.

الثالثة: رؤية بعض المبيع تقوم مقام رؤية الكل، إذا كان المرئى يدل على الباقي، كظاهر صبرة الحبوب، والمائعات. هذا إذا كان متصلاً.

فإن رأى منه أنموذجاً ولم يدخل فى البيع، فهو كاستقصاء وصف المبيع.

والأصح، وهو اختيار الشيخ أبى محمد: أنه لا يقوم مقام الوصف فى السلم؛ لأن اللفظ والوصف هو المرجع عند الإشكال فى السلم.

وإن أدخل فى البيع، صح على اختيار القفال، وهو الأصح، وفيه وجه.

وإن كان المرئى لا يماثل الباقي نظراً، فإن كان صلاح الشئ فى إبقائه مستوراً كحب الرمان ولب الجوز، واللوز، وأمثاله كفى رؤية الظاهر؛ للحاجة، وما ليس كذلك يخرج على بيع الغائب.

فروع أربعة: الأولى: القشرة العليا من الجوز الرطب. منهم من جعله مانعاً للاستغناء عنه، ومنهم من أحقّه بالسفلى؛ ففيه مصلحة إبقاء الرطوبة. والظاهر: أن القشرة العليا من الباقي تكفى رؤيتها؛ لأن الرطوبة فيها مقصودة.

والثانى: الفأرة من المسك كالمسح من النورى، والجلد من اللحم.

فلا يكفى النظر إليه؛ إذ لا يتعلق به كثير صلاح، والمسك نفيس فلا يحتمل ذلك فيه اعتياداً.

وقال صاحب التقريب: إذا لم تكن الفأرة مفتوحة يحتمل إلحاقها بقشرة الجوز. ثم إذا أدخلت الفأرة في البيع خرج على نجاسة الفأرة. والصحيح أنها طاهرة تشبيهاً بالبيضة، فإن الطيبة تلقى بطبعها في كل سنة واحدة. والمسك كان أحب الطيب إلى رسول الله ﷺ، فلا يليق بالشرع تنجيس طرفه، وقيل: إنه نجس؛ لأنه جزء مبانٍ من حى.

الثالث: الديباج المنقش، لا يدل أحد وجهيه على الآخر. والأصح: أن الكرباس يدل أحد وجهيه على الآخر، وفيه وجه اعتباراً لأحد الوجهين بأحد النصفين.

الرابع: لا بد وأن يرى من الجارية ما يبدو في حالة المهنة. ولا يشترط النظر إلى العورة. وفي الشعر وجهان.

المسألة الثالثة: الرؤية السابقة للمقارنة، إذا كان الشيء مما لا يتغير غالباً. خلافاً لأبى القاسم الأنطاقي؛ لأن المقصود المعرفة.

فرعان: أحدهما: إذا أقدم على العقد على ظن أنه لم يتغير على الغالب فكان قد تغير على الندور، فيتبين بطلان العقد لتبين انتفاء المعرفة؟ أم يكفي بالخيار لبناء العقد على ظن؟ فيه خلاف.

الثاني: إذا قال المشتري: تغير ولى الخيار، وأنكره البائع؟ قال صاحب التقريب: القول قول البائع؛ إذ الأصل عدم التغير، وقال الخضرى: بل الأصل عدم لزوم الثمن، والأول أصح.

التفريع على صحة بيع الغائب أربع مسائل:

الأولى: إذا اشترى مندبلاً، نصفه في صندوق لم يره: قطع المرنى بالإبطال، فيما نقله نصا. ومن الأصحاب من تكلف له وجهاً، وهو أن إثبات الخيار في النصف تخصيصاً محالاً، والتعميم إثبات في المرنى فيؤدى إلى تناقض الحكم. ومنهم من جعل هذا بيع غائب، وهو الأقيس، فإن موجب الخيار في البعض تسليط على رد كل المبيع، كالعيب بأحد العبدین؛ فالتعميم غير ممتنع.

الثانية: بيع اللبن في الضرع باطل؛ فإنه انضم إلى عدم الرؤية العجز عن تمييز المعقود عليه عن غيره. إذا اللبن في العروق ينصب إلى الضرع وقت الحلب، فيختلط به، وكذلك لو رأى منه أنموذجاً، وغلط الفورانى إذ ذكر في الأنموذج وجهين. نعم، لو قبض على قدر من الضرع وأحكم شده، فوجهان. منهم من حسم الباب؛ لأن الاطلاع على عدم الاختلاط غير ممكن؛ والشد قد يكون سبب حركة الطبيعة وانصباب اللبن.

وكذلك إذ باع اللحم في الجلد قبل السلخ فهو باطل؛ لأنه إن باع دون الجلد فلا يمكن تسليمه إلا بتغيير الجلد.

وبشفه ثقبه غالباً، وإن باع مع الجلد قطع الشيخ أبو علي بالبطلان. ووجهه: اتصال المقصود بما ليس بمقصود، على وجه لا يمكن تحصيل المقصود إلا بتغيير وتصرف في الجلد بالسلخ، والصحيح تخريجه على القولين.

أما بيع الروس والأكارع المسموطة مع النظر إلى الظاهر: فحائز على القولين؛ فإن الجلد في حكم جزء يؤكل منه.

الثالثة: إذا صححنا بيع الغائب، فقد اتفق الأكثرون على أنه لو قال: بعث منك ما في كمي، ولم يذكر الجنس، لا يجوز. وهو ظاهر مذهب أبي حنيفة.

وفيه وجه منقاس: أنه يجوز بحصول التعيين بالإشارة، ثم للأصحاب طريقان: قالت المراوذة: لا يشترط شيء سوى ذكر الجنس، كقوله: بعث العبد الذي في البيت.

فلو استقصى الأوصاف، فهل يسقط الخيار لقيام الوصف مقام الرؤية؟ فعلى الخلاف السابق.

قال العراقيون: يشترط ذكر النوع مع الجنس قطعاً. وهو أن يقول: عبدى التركى.

وهل يشترط استقصاء الأوصاف حتى ينعقد بيع الغائب على خيار الرؤية فعلى وجهين. والطريقتان متباعدتان.

الرابعة: يثبت الخيار في بيع الغائب بالرؤية. وله الفسخ قبل الرؤية. وفي الإجازة قبلها وجهان، أظهرهما: أنها لا تصح؛ لأن الرضا قبل حقيقة المعرفة، ولو تصور لحصل بقوله: اشتريت، فليس في قوله: أجزت زيادةً عليه.

فروع: لو رأى ثوبين ثم سرق أحدهما من البيت، وهو لا يدري أن المسروق أيهما فاشترى الثوب الباقي، فقد اشترى معيناً مريباً. وقد وقعت المسألة في الفتاوى، فقلت: إن تساوى صفة الثوبين وقدرهما وقيمتهما، كنصفى كرباس واحد صح العقد.

وإن اختلف شيء من ذلك، خرج على قولى بيع الغائب، لأنه ليس يدري أن المشتري خمسة أذرع مثلاً أم عشرة. ورؤيته السابقة لم تفد العلم بقدر المبيع ووصفه في حالة البيع، فلا أثر لها.

الباب الثاني فى فساد البيع بجهة الربا^(١)

المبيع إذا كان ربويا فى عقده وراء ما ذكرناه من الشرائط السابقة فى الباب الأول ثلاث شرائط:

التمائل بمعيار الشرع والحلول، يعنى به منع الأجل والسلم، وجوب التقابض فى مجلس العقد.

هذا إذا بيع الربوى بجنسه، فإن بيع ربوى آخر يشاركه فى العلة التى هى قرينة الجنسية يسقط اشتراط التماثل، وبقي اشتراط التقابض والحلول.

وأنكر أبو حنيفة، رحمه الله، شرط التقابض إلا فى عقد الصرف. وإن بيع بما لا يدخل فى الربويات سقطت هذه الشرائط كلها.

ومعتمد الباب ما روى الشافعى، رضى الله عنه، بإسناده عن مسلم بن يسار ورجل آخر عن عبادة بن الصامت عن النبى، عليه السلام، أنه قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، والورق بالورق، والبر بالبر، والتمر بالتمر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عينا بعين، يداً بيد، فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد»^(٢).

(١) الربا: الفضل والزيادة، وهو مقصود على الأشهر، ويشئى فيقال: ربوا - بالواو - على الأصل، وقد يقال: ربان على التخفيف وينسب إليه على لفظه، فيقال: ربوى.

وربا الشيء يربو إذا زاد ونما، وأربى الرجل بالألف: دخل فى الربا، وأربى على الخمسين: زاد عليها. وفى التنزيل: ﴿وَيَرْبِى الصَّدَقَاتِ﴾ وفى حديث الأنصار يوم أحد: «لكن أصبنا منهم يوماً مثل هذا لتربى عليهم». أى: لتزيدن ولتضاعفن. وفى حديث الصدقة «وتربو فى كف الرحمن، حتى تكون أعظم من الجبل». وربا السويق ونحوه ربوا: صب عليه الماء فانتفخ، وقوله تعالى: ﴿اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾: قيل معناه عظمت وانتفخت وقرئ: ﴿وَرَبَاتٌ﴾، فمن قرأ: ﴿وَرَبَتْ﴾ فهو ربا يربو إذا زاد على أى الجهات زاد.

ومن قرأ ﴿وَرَبَاتٌ﴾ بالهمزة فمعناه: ارتفعت. وساب فلان فلاناً، قارباً عليه فى السباب: إذا زاد عليه.

وقوله عز وجل: ﴿فَأَخَذَهُمُ أَخَذَةً رَابِيَةً﴾ أى: أخذة تزيد على الأخذات. انظر: المصباح المنير (٣٣٣/١) الصحاح (٢٣٥٠/٦) والمطلع (٢٣٩) المعجم الوسيط (٣٢٠/١).

(٢) الحديث أخرجه عن عمر بن الخطاب مرفوعاً: البخارى (٢١٧٤) ومسلم (١٥٨٦/٧٩) ومالك (٦٣٧، ٦٣٦/٢) وأبو داود (٣٣٤٨) والترمذى (١٢٤٣) والسنائى (٢٧٣/٧) وابن ماجه (٧٥٧/٢) وأحمد (٤٥، ٢٤/١) والدارمى (٢٥٨/٢) والحميدى (٨/١) وعبد الرزاق (١١٦/٨) والبيهقى (٢٨٣/٥).

أوجب عند التجانس ثلاثة أمور، وعند اختلاف الجنس أوجب التقابض ونفى السلم بقوله: يداً بيد.

والربا في النقيدين عندنا، معلل بكونهما جوهرى الأثمان، فيتعدى إلى الحلى وكل ما يتخذ منهما، ولا يتعدى إلى غيرهما. وكذلك عند مالك، وقال أبو حنيفة: معلل بالوزن والجنسية. وعلة الربا في الأشياء الأربعة عندنا: الطعم والجنس.

وقال أبو حنيفة: العلة مركبة في الكيل والجنسية. ومذهب ابن المسيب: أن العلة هي الطعم في الجنس والتقدير، وهو قول قديم للشافعي رضي الله عنه.

والجنسية عندنا محل العلة، فهي بمجرد لا تحرم النساء، بل يجوز إسلام الثوب في جنسه، خلافاً لأبي حنيفة. ويجزى الربا عندنا في دار الحرب^(١)، خلافاً له. وإذا اشترى الشيء بأقل مما باعه نقدًا صح العقدان عندنا.

وقال مالك: بطل العقدان؛ لأنه ذريعة إلى الربا. وقال أبو حنيفة: بطل العقد الثاني. وأدلة هذه المسائل مستقصاة في الخلاف.

والنظر الآن إنما يطول في الربا الفضل؛ فإن التقابض وتحريم النسبة فرعان له يجريان في كل عينين جمعتهما قرينة الجنسية، من النقدية أو الطعم والكلام يتعلق بأطراف:

الطرف الأول: فيما يجزى الربا فيه بعلة الطعم:

وهو كل ما ظهر منه قصد الطعم وإن ظهر منه قصد آخر، ويدخل فيه الفواكه، والأدوية، ومنه الطين الأرضي، وكذا الطين الذي يؤكل سفهاً على الصحيح وكذا الزعفران، وإن قصد منه الصبغ، وكذا الماء فإنه مطعوم.

وفي دهن البنفسج، ودهن الكتان، وودك السمك خلاف. وقطع العراقيون بأن الربا لا يجزى فيها؛ لأنها لا تؤكل في حالها على عموم ولا على الندور، بل دهن الكتان للاستصباح، وودك السمك لطلى السفن.

(١) أى: يحرم الربا إلا بالشروط التي ذكرت في دار الحرب كما في دار الإسلام على السواء، خلافاً لأبي حنيفة.

ومذهب أبي حنيفة: أنه لا يتحقق الربا بين المسلم والكافر في دار الحرب لأن مالهم مباح في دارهم فبأى طريق أخذه المسلم كان مباحاً، بخلاف المستأمن منهم، لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان. انظر: روضة الطالبين (٣/٣٩٧) المجموع (٩/٤٨٨)، شرح فتح القدير (٧/٣٨). الاختيار لتعليل المختار (٢/٣٣) الباب في شرح الكتاب (٢/٢٥٩).

أما دهن البنفسج، قال العراقيون: القول المنصوص فيه أنه يجري فيه الربا؛ لأن الناس لا يتناولونه ضنة به. وفيه قول قديم مخرج.

ومن أصحابنا من أجرى الربا في الكل؛ نظرًا إلى الأصل الذي منه الاستخراج، وإعراضًا عن الحال.

الطرف الثاني: في الخلاص من ربا الفضل:

والمطعوم ينقسم: فالذي يعتاد تقديره تحصل المائلة فيه بمعيار الشرع والعبرة فيه بعصر رسول الله ﷺ فلا يوزن مكيل في عصره، ولا يكال موزون، فإن فعل فلا أثر له في الصحة.

وإن وجد شيء لا يعرف له معيار في عصره فخمسة أوجه:

أحدها: الوزن؛ لأنه أحصر. الثاني: الكيل؛ لأنه أعم. الثالث: التخجير؛ للتعادل. الرابع: يرجع إلى عادة أهل العصر، وهو الأفقه. الخامس: يرجع إلى معيار أصله إن كان مستخرجًا من أصل.

ويجوز الكيل بقصعة لا يعتاد الكيل بها، كما يجوز التعديل بالوضع في كفتي الميزان، وللقفال في الكيل بالقصعة تردد.

أما إذا باع صبرة بصبرة جزأً فهو باطل، وإن خرجتا متمثلتين خلافاً لزفر.

أما غير المقدّر: كالبطيخ والسفرجل والقثاء والبيض والجوز، مما له كمال في حالة جفافه، فلا يباع بعضه بالبعض في حالة الرطوبة أصلاً، وإن لم يكن له حالة جفاف، فوجهان؛ أحدهما: جواز البيع بالوزن متساوياً.

والثاني: أنه لا يجوز؛ إذ ليس للشرع فيه معيار، ولا للعادة.

ثم إن جفف نادراً ففي بيع بعضه بالبعض وزناً وجهان مرتبان على حالة الرطوبة وأولى بالجواز، ووجه المنع: أن الجفاف نادر فيه غير مقصود، فيلحق بحالة الرطوبة، كأنه لم يوجد الجفاف، والجواز أقيس.

الطرف الثالث: في الحالة التي تعتبر المائلة فيها:

وقد سئل رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر. فقال: «أينقص الرطب إذا جف؟

فقال السائل: نعم؟ فقال: «فلا إذا»^(١). منع وعلل بتوقع النقصان بالنسبة إلى حالة الجفاف، فدل على أن المطلوب التماثل بالإضافة إلى تلك الحالة، فلا يباع الرطب بالرطب، والعنب بالعنب وإن تماثلا؛ لأن تفاوت النقصان عند الجفاف لا ينضبط.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يجوز بيع الرطب بالرطب، والتمر بالتمر جميعاً.

وما تختلف حاله من المطعومات ثلاثة: الفواكه، والحبوب، والمعرضات على النار. أما الفواكه: فكل ما يجفف للادخار، يحرم بيعه في حالة الرطوبة.

فروع أربعة: أحدها: الرطب الذي لا يتهمر. فيه وجهان: أحدهما: منع البيع؛ لأن له حالة جفاف على الجملة والرطوبة توجب تفاوتاً.

والثاني: الجواز؛ لأننا فهمنا رعاية المماثلة في أكمل الأحوال وفي أشرف الأشياء والشرف في الطعم، وكمال الحال في الرطوبة فيما يفسد بالجفاف. وعلى هذا لا يجوز بيع رطبه بالتمر. هذا مدلول كلام الأصحاب، وينقدح جوازه كما جاز بالرطب.

الثاني: المشمش والخوخ وما يجفف على ندور، فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: المنع؛ لأن له حالة جفاف. والثاني: الجواز؛ لأن الرطوبة أكمل أحواله. والثالث: المنع رطباً وبأساً إذا لم يتقرر له حالة كمال، وللعنب في الكمال حالتان: الزبيب، والخل.

الثالث: يباع الزيتون بالزيتون، واللبن باللبن، وهي أحوال كمالها؛ فإن الزيت والسمن، وما إليه مصيرهما ليس من جنسهما.

الرابع: يحرم بيع التمر بعد نزع النوى؛ لأنه يفسد كماله وادخاره، وللعراقيين فيه وجه.

واللحم يباع البعض بالبعض في حالة التعدد بعد نزع العظم، ومع العظم لا؛ لأن الإصلاح في نزع.

وقيل: إنه يجوز بيع اللحم، في حالة الرطوبة، باللحم؛ لأن التقدير فيه كالنادر. وقيل: إن نزع العظم غير واجب، وهو بعيد.

(١) الحديث عن سعد بن أبي وقاص قال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله ﷺ: [أينقص الرطب إذا جف؟] فقالوا: نعم، فنهى عن ذلك. أخرجه مالك (٦٢٤/٢) والشافعي (١٥٩/٢) وأبو داود (٣٣٥٩) والترمذي (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٢٦٩/٧) وابن ماجه (٢٢٦٤) وأحمد (١٧٩/١) والحاكم (٣٨/٢) وقال: صحيح. والبيهقي (٢٩٤/٥)

وأما المشمش والخوخ: منهم من ألحقهما بالتمر، ومنهم من ألحقهما باللحم، في وجوب نزع النوى أو منعه.

أما الحبوب: فلا خلاص عن الربا فيها بالمماثلة إلا في حالة كمالها، وهو أن يكون حبا، فكمال البر في حالة كونه برا، إلا أن تكون مقلية أو مبلولة أو كشكاً مهرساً فإن كل ذلك يفسد الادخار. والأرز لا يطل ادخاره بتنحية قشرته.

وفي الجاورش تردد، فإن خرج عن كونه حبا فلا خلاص فيها بالمماثلة، كالدقيق والسويق، والكعك، والخبز، وسائر أجزاء البر. وللشافعي نصوص قديمة في أجزاء البر مضطربة، ولكن قرار المذهب ما ذكرناه.

نعم، السمسم، وما له دهن من الحبوب، يجوز بيع الدهن بالدهن منه متماثلاً؛ لأنه، أيضاً، حالة كمال.

أما اللبن: فكماله أن يكون لبناً. وياع الزبد بالزبد أيضاً، كما في دهن السمسم بدهن السمسم، وكذا المخيض بالمخيض، إلا أن يكون فيه ماء.

وياع اللبن بالرائب المنقذ، وإن كان خائراً، إلا أن يكون معروضاً على النار. وأجزاء اللبن كالمصل والأقط، والجبن لا يباع بعضها ببعض، ولا بالمخيض ولا باللبن؛ لمفارقة حالة الكمال؛ وأجزاء اللبن كالدقيق والخبز مع البر.

أما المعروضات على النار: فهي مفارقة لحالة الكمال، ومنه اللحم المشوى والمطبوخ والدبس.

أما السكر والفانيذ والقند واللبأ، وهو لبن عرض على النار أدنى عرض، والعسل المصفى بالنار، في كل ذلك خلافٌ لضعف أثر النار، والعسل المصفى بالشمس حاله حال كمال وفاقاً.

والصحيح: جواز بيع العسل بالعسل، وإن عرض على النار؛ لأن ذلك للتمييز، فهو كبيع السمن بالسمن فإنه جائز، وإن كان لا يجوز بيع السمن بالزبد؛ لأن أثر النار عند ذلك يظهر التفاوت.

الطرف الرابع: في اتحاد الجنس واختلافه:

والنظر في اللحوم والألبان والأدقة والأدهان والخلوص والخللوات.

أما اللحوم: ففيها قولان؛ أحدهما، وهو اختيار المزني: أنها أجناس؛ لاختلاف

الحيوانات، وكيف يجانس لحم العصفور لحم الإبل؟ والثاني: أنها جنس؛ لأنها اندرجت تحت اسم واحد لا يتميز بعضها إلا بالإضافة، كأنواع التمر والعنب.

وعلى هذا، في البرى مع البحرى وجهان؛ لأننا قد لا ندرج الحوت تحت اسم اللحم في التمييز.

وإن قلنا: إنها أجناس: فأنواع الغنم من الضأن والمعز جنس واحد، وكذا أنواع الحمام من الدبسى والفواخت، والبحريات جنس واحد إن أطلقناه أحللنا الكل بتسميتها حوتاً، وإن لم ندرجها تحت اسم الحوت فهي أجناس.

فإن قيل: الكرش، والكبد والطحال والرئة والأمعاء، وما يختص باسم واحد خاص، ما حكمها؟

إن قلنا: إن اللحوم أجناس، فهذه مع اختلاف الأسمى أولى، وإن قلنا: إنها جنس، فهذا يبنى على اليمين؛ فكل ما يحنث الحالف على تناول اللحم يتناول به جنس اللحم، وكل ما لا يحنث به، ففيه وجهان؛ لأن اليمين يبنى على الاسم لا على حقيقة الجنسية. والمذهب: أن الحالف على اللحم لا يحنث بشيء من ذلك، ويحنث بالروس والأكارع، ولا يحنث بالشحم والألية، ويحنث بسمين اللحم وألحق المراوزة القلب باللحم. وألحقه العراقيون بالكبد.

فإن قيل: هل يجوز بيع اللحم بالحيوان؟ قلنا: لا، إذ ورد النهى فيه، وذلك في بيع لحم الغنم بالغنم.

أما البقر، وغير الغنم يبنى على اتحاد الجنس، وإن قلنا: اللحوم جنس حرم، وإن قلنا: أجناس، فقولان؛ أقيسها: الصحة؛ إذ فهمنا تقدير اللحم بالحيوان إذا قبل بجنسه، إذ لو استرسلنا على العموم أنجر إلى منع بيع اللحم بالحمار وبالعبد.

ونحن قد نخصص العموم بقرينة معنوية تفهم من اللفظ كتخصيصنا اللمس بغير المحارم، وحرمان الميراث ليس مستحقاً للقتل، حتى لا يحرم المقتص والجلاد أما الأدقة، فهي أجناس مختلفة.

والمذهب: أن الألبان كاللحوم؛ لأنها أجزاءها انحضرت منها والأدهان مختلفة، وقيل يخرج على قولي اللحوم.

أما الدهن والكسب فجنسان، كالسمن والمخيض. والخلول كالأدهان.

وفى حل الغنبي وعصيره وجهان؛ أظهرهما: اختلاف الجنس، وإن كان ذلك بغير الصفة؛ لأن تغيير الصفة قد يجعل غير الربوي ربويا والظاهر: أن السكر والفانيذ جنسي، لأن أصلهما القصب والتفاوت يسير.

الطرف الخامس: في قاعدة مد عجوة:

وضبط القاعدة: أن الصفة مهما اشتملت على مال الربا من الجانبين، واختلف الجنس من الجانبين أو من أحدهما فالبيع باطل؛ ولأجله يبطل بيع الهروي بالهروي، وبالتقرة، وبالنيسابوري، وكذلك بيع المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض، وكذلك الشهد فإنه غسل وشمع، وكذا الجبن ففيه ماء وملح، وكذا خل الزبيب ففيه ماء، ويبيع مد ودرهم بمدين أو درهمين، أو مد ودرهم باطل.

والأصل فيه ما روى فضالة بن عبيد أن رسول الله ﷺ أتى بقلادة فيها ذهبٌ وخرز تباع بالذهب، فأمر بنزع الذهب، وقال: «الذهب بالذهب وزناً بوزن»^(١).

ولأن ما في أحد الجانبين إذا وزع على ما في الجانب الثاني، باعتبار القيمة، أفضى إلى المفاضلة أو الجهل بالمائلة.

وهذا المعنى يجري في اختلاف النوع، فنص الشافعي على أنه لو راطل مائة دينار عتق ومائة دينار ردىء بمائتي دينار وسط بطل العقد.

وهذا مشكلٌ مع تحقيق المائلة في الوزن بين العوضين، ولكن التوزيع باعتبار القيمة يفضي إلى المفاضلة.

وكان إمام الحرمين يخالف المذهب في مسألة المراطة^(٢)، ويبطل التعليل بالتوزيع ويعلل بالجهل بالمائلة، وذلك يجري عند اختلاف الجنس.

(١) الحديث أخرجه مسلم (٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢)، بالفاظ متقاربة وهذا لفظ الأول: عن فضالة بن عبيد الأنصاري قال: أتى رسول الله ﷺ وهو يخير، بقلادة فيها خرز وذهب وهي من المغانم تباع. فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فترع وحده. ثم قال لهم رسول الله ﷺ: [الذهب بالذهب وزناً بوزن] وأخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (١١٦/٤)، والألباني إرواء الغليل (١٩٦/٥) وابن حجر في تلخيص الجبير (١١٤١) والترمذي (١٢٥٥) والسنائي (٤٥٧٣، ٤٥٧٤).

(٢) [راطلٌ]: باعه مراطة بالراطل. انظر المعجم الوسيط (٣٥٢/١).

فروع ثلاثة:

الأول: إذا باع خمسة دراهم مكسرة وخمسة صحاحًا، بعشرة مكسرة أو صحيحة، فيه وجهان ذكرهما الأصحاب: أحدهما: البطلان: كما في مسألة المراتلة لأن القيمة تختلف بالصحة والتكسير. والثاني: الصحة؛ إذ الغالب جريان المسامحة باشتمال الدراهم على مكسرات، فصفة الصحة في محل المسامحة، فهو خارج عن القصد، بخلاف العتق والرداءة في الذهب، بل هذا كاشتمال الصاع على عميرات رديئة لو ميزت لنقص قيمتها بالإضافة إلى غيرها، ولا خلاف أن ذلك غير منظور إليه.

الثاني: إذا باع الخنطة بالشعير وفي أحدهما حبات من جنس الآخر: إن كان مقدارًا يقصد اختلاطه أو تحصيله فهو مانع، وإلا فلا.

وكذلك إن بيع الخنطة بالخنطة وفيهما تراب، وإن كان يظهر أثره في المكيال فباطل؛ لأنه يتفاوت القدر وتجهل المماثلة، ويرعى في الحبات من جنس الآخر ظهور قصد المالية لا التقصان في المكيال.

الثالث: بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون: باطل؛ لأن اللبن مقصود مع الشاة.

وفي بيع دار فيها حمة ماء يمثلها وجهان إذا قلنا: الماء ربوى؛ لأن الماء لا يقصد عينه مع الدار، واللبن مقصود مع الشاة.

وسوى أبو الطيب بن سلمة بين اللبون وبين مسألة الدار في المنع.

فإن قيل: ما الفرق بين التمر والشهد، وفي التمر نوى كما أن في الشهد شمعًا؟ قلنا: النوى من صلاح التمر، وليس الشمع من صلاح العسل، فلم يعد جزءًا منه.

فإن قيل: إذا حوزتم بيع اللبن باللبن ولم تقدوره سمناً ونخيضاً، فلم منعتم بيع السمن باللبن؟ وهلا قلتم: لا يقدر السمن في اللبن كما لم يقدر إذا قوبل اللبن باللبن؟ قلنا: لأن الجنسية معلومة بين اللبنين، فلا يحتاج إلى تقدير، ولا تميز بين السمن والنخيض فيه، حتى نحكم باجتماع الجنس، وإذا قوبل السمن باللبن، لم يمكن إطلاق القول بالجنسية، ولا باختلاف الجنس لأن فيه من جنسه، فغلب جانب التحريم.

الباب الثالث في فساد العقد من جهة نهى الشارع عنه

وعندنا أن مطلق النهي عن العقد يدل على فساد العقد إلا إذا ظهر تعلق النهي بأمر غير العقد، اتفق مجاورته للعقد.

كقوله تبارك تعالى: ﴿فَاصْبِرُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَفَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] ^(١)، فحكم بصحة البيع في وقت النداء؛ إذ علم قطعاً أن النهي عن البيع لا لأمر راجع إلى عينه، فإنه غير محذور، والمحذور ترك الجمعة وقد حصل بالبيع، وهو غير متعلق بمقاصد البيع، فلم يتأثر به.

فإذن المناهى قسمان:

الأول: ما لم يدل على الفساد

وهي خمسة: الأول: نهيه ﷺ عن النجش ^(٢):

قال الشافعي: ليس ذلك من أخلاق ذوى الدين. والنجش: هو الرفع، والناجش: من يطلب سلعة بين يدي الراغب فيها بأكثر من قيمتها، وهو لا يريد لها، ليرغب فيها المستام.

فهذه خديعة محرمة، ولكن العقد صحيح من العاقلين، والإثم يلحق غيرهما. ثم لا

(١) وهو ما يعرفه أهل الأصول بالحرام لغيره، وبيانه كالآتي:

الحكم الشرعى التكليفى ينقسم عند الجمهور إلى خمسة، وعند الأحناف إلى سبعة، أحدهم الحرام، والحرام ينقسم إلى: حرام لذاته: وهو ما حكم الشارع ابتداءً بكونه حراماً كالتزوج بالمحارم، وشرب المسكر، والزنا، والسرقة، والردة، وغير ذلك مما يترتب عليه ضرر بمس إحدى الكليات الخمس التى يُعد الحفاظ عليها ضرورة شرعية. وحكمه بطلان عقوده ولا يترتب عليه الآثار المقررة للبيع شرعاً، كبيع الميتة، والمسكر فهو باطل لا يترتب عليه ملك المبيع ولا حل الانتفاع به ولا ضمانه ولا لزوم قيمة ما أتلّف على من أتلّفه.

والثانى: الحرام لغيره: وهو ما حكم الشارع بحرمته لا لذاته بل لما يترتب عليه من فعل محرم لذاته، أو أنه فى الأصل حلال ولكن الشارع حرمه بسبب ما يقترون به من أمر عارض يستلزم تحريمه، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة فالبيع فى حد ذاته مشروع لكن وقوعه وقت النداء نقله عن المشروعية إلى عدمها. انتهى انتظر: كتابنا المداخل الأصولية (مدخل الحكم الشرعى التكليفى).

(٢) النجش: نَجَشَ الشيء الخبيء. نجشاً: استشاره واستخرجه. ونجش فلان فى البيع ونحوه: زاد فى ثمن السلعة أو المهر ونحوهما ليعرف فيزاد فيه، وهى المزايدة. واصطلاحاً: الريادة فى ثمن السلعة عن مواطأة لرفع سعرها ولا يريد شراءها ليغير غيره بالشراء بهذا السعر الزائد.

وفيه حديث ابن عمر: [نهى رسول الله ﷺ عن النجش] أخرجه البخارى (٢١٤٢)، وطرفه ٦٩٦٣ (مسلم (١٥١٦) وأبو داود (٣٤٣٨) والترمذى (١٣٠٤)، والنسائى (٤٥٠٥) وابن ماجه (٢١٧٣) وأحمد (١٠٨٠٦٣/٢). وانظر: المعجم الوسيط (٩٠٣/٢).

خيار إن لم تجر مواطأة من البائع، وإن جرى فوجهان:

أحدهما: لا، كما لا يثبت بالغبن في كل بيع. والثاني: نعم؛ لأنه غبنٌ استند إلى تلبس فضاهي غبن المصراة وصورة تلقي الركبان.

الثاني: قوله عليه السلام:

«لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يسومن على سوم أخيه»^(١). فإذا كان المتعاقدان في مجلس العقد، فطلب طالب السلعة بأكثر من الثمن؛ ليرغب البائع في فسخ العقد، فهذا هو البيع على بيع الغير، وهو محرم؛ لأنه إضرارٌ بالغير، ولكنه منعقد؛ لأن نفس البيع غير مقصود بالتهني فإنه لا يخلل فيه، وكذلك إذا رغب المشتري في الفسخ لغرض سلعة أجود منها بمثل ثمنها، أو مثلها بدون ذلك الثمن.

والسوم على السوم: أن يطلب السلعة بزيادة على ما استقر الأمر عليه بين المتساومين قبل البيع.

وإنما يحرم على من بلغه الخبر؛ فإن تحريره خفي قد لا يعرفه كل أحد، بخلاف النجش، فإن تحريم الخداع جليٌّ في الشرع.

ثم قالت المراوزة: الخطبة على الخطبة، أيضاً، محرمة كالسوم، ولكن سكوت الولي ثم كالإجابة على أحد القولين، كما ذكرناه في النكاح، والسكوت في البيع لا يحرم السوم.

وقال العراقيون: لا فرق، بل التعويل على فهم الرضا بالقريضة في المسألتين فيحرم ذلك بعد فهم الرضا بالإجابة فيهما، وهذا أفقه.

الثالث: نهى ﷺ عن أن يبيع حاضر لباد^(٢):

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: البيهقي في السنن الكبرى (١٨٠/٧، ٢٣٤٤/٥). وله الفاظ كثيرة، منها ما رواه البخاري (٢١٣٩) عن ابن عمر مرفوعاً [لا يبيع بعضكم على بيع أخيه] أخرجه أيضاً عبد الرزاق (١٤٨٦٨، ١٤٨٦٧) وفي لفظ [على بيع بعض] أخرجه ابن ماجه (٢١٧١) والترمذي (١٢٩٢) وأحمد (١٢٤، ١٠٨، ٦٣/٢) والدارمي (٢٥٥/٢) والبيهقي (٣٤٥/٥). وفي لفظ [لا يبيع الرجل على بيع أخيه] أخرجه الترمذي (١١٣٤) وابن ماجه (٢١٧٢) وأحمد (١٢٦/٢) وإتحاف السادة المتقين (٦٥/٦) والشافعي (١٧٣).

(٢) وفيه حديث ابن عمر مرفوعاً وجابر وأنس وابن عباس وأبو هريرة رضي الله عنهم أما حديث أبو هريرة قال: [نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد. ولا تناجشوا. ولا يبيع الرجل على بيع أخيه. ولا يخطب على خطبة أخيه. ولا تمسأ المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها]. وأما حديث جابر مرفوعاً [لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض]=

وهو أن يأتي البدوي البلدة ومعه قوتٌ يبغي التسارع إلى بيعه رخيصاً، فيقول له البلدي: اتركه عندى لأغالى فى بيعته.

فهذا الصنيع محرم؛ لما فيه من الإضرار بالغير، والبيع إذا جرى مع المغالاة منعقد، وهذا إذا كانت السلعة مما تعم الحاجة إليها. فإن كانت السلعة مما لا تعم الحاجة إليها، وكثرت الأقوات واستغنى عنه ففى التحريم وجهان: يعول فى أحدهما على عموم ظاهر النهى وحسم باب الضرر، وفى الثانى على معنى الضرر.

الرابع: قوله ﷺ:

ولا تتلقوا الركبان بالبيع، فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق^(١). وصورته: أن يستقبل الركبان، ويكذب فى سعر البلد، ويشتري بأقل من ثمن المثل، فهو تغير محرم، ولكن الشراء منعقد.

ثم إن كذب وظهر الغبن ثبت الخيار. وإن صدق فوجهان، يعول فى أحدهما على عموم النهى، وفى الآخر على معنى الضرر.

فجامع هذه المناهى يرجع إلى عقد لا يخلل فيه ويتضمن إضراراً، ولأجله نهى، عليه السلام، عن الاحتكار وهو ادخار الأقوات للغلاء^(٢)، ونهى عن التسعير^(٣)؛ لأن تصرف

أخرجه ابن ماجه (٢١٧٥) والترمذى (١٢٢٢) والنسائى (٢٥٦/٧) وأحمد (٢٤٣/٢)، ٢٧٤، ٤٨٤، ٥٢٥) ومجمع الزوائد (٨٢/٤) والبيهقى (٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٤/٥) والدارقطنى (٧٤، ٧٣/٣) وعبد الرزاق (١٤٨٦٧، ١٤٨٧٢).

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: أحمد (٥٠١/٢) والبيهقى (٣٤٨/٥) من حديث ابن عباس رضى الله عنه مرفوعاً. ومن حديث أبى هريرة مرفوعاً وفى حديث أبى هريرة دليل على صحة البيع، وروى معناه عن ابن عمر، البخارى (٢١٦٥) ومسلم (١٥١٧).

(٢) وفيه روى عن معمر أن النبى ﷺ قال: [من احتكر فهو خاطئ] أخرجه مسلم (المساقاة ١٢٩) والبيهقى (٢٩/٦)، والزيلعى فى نصب الراية (٢٦٢/٤) والزبيدى (٤٧٨/٥) والبخارى فى شرح السنة (١٧٨/٨) والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٢٨٩٢) والمتقى فى كنز العمال (٩٧٣١).

وروى بلفظ [من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه] أخرجه الزبيدى (٤٧٨/٥) وعلى القارئ فى الأسرار المرفوعة (٣٣٠).

وروى بلفظ [بئس العبد المحتكر، وإن سمع برخص ساءه وإن سمع بغلاء فرح] رواه المنذرى فى الترغيب والترهيب (٥٨٣/٢)، والتبريزى فى المشكاة (٢٨٩٧) والمتقى فى الكنز (٩٧١٥) وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٥٣٠/٢). وله ألفاظ أخرى غير ما ذكرنا.

(٣) وفيه عن أنس رضى الله عنه قال: قال الناس: يا رسول الله غلا السعر فسر لنا، فقال رسول-

الإمام في الأسعار يحرك الرغبات، ويفضي إلى القحط، وقال العلماء: يكره بيع السلاح من قطاع الطريق وبيع العصير من الخمار؛ لأنه إعانة على المعصية والإضرار.

الخامس: نهى عن التفريق بين الوالدة وولدها^(١) في البيع:

والظاهر: أن الوالد في معنى الوالدة^(٢)، ولا يتعدى إلى غيرهما من الأقارب^(٣)، وفي الجدة احتمال.

ثم يختص بما قبل التمييز، فلا يجري فيما بعد البلوغ، وفيما بين السنين وجهان. وفي فساد هذا البيع قولان: أحدهما: لا؛ لأن النهي راجع للإضرار، فيحرم ولا يفسد

الله ﷻ: [إن الله هو المسعر، القابض الباسط الرازق وإنسى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم بظالمين. عظيمة في دم ولا مال] أخرجه: الترمذي (١٣١٣) وأبو داود (٣٤٥١) وابن ماجه (٢٢٠٠) وأحمد (٢٨٦/٣) والهيثمى (١٠٠/٤) والتبريزى (٢٨٩٤) والسيوطى فى الدر المنثور (٣١٣/١) والطبرانى (٣٧٢/٢).

(١) وفى ذلك حديث عن أبى أيوب مرفوعاً [من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة] أخرجه الترمذى (١٥٦٦) وأحمد (٤١٣/٥) والحاكم (٥٥/٢) والزيلعى (٢٤٠٣/٤) قال الشوكانى: أخرجه أيضا الدارقطنى والحاكم وصححه وحسنه الترمذى وفى إسناده حى بن عبد الله المعافى وهو مختلف فيه. وله طريق أخرى عند البيهقى وفيها انقطاع لأنها من رواية العلاء بن كثير الإسكندراني عن أبى أيوب ولم يدركه.

وله طريق أخرى عند الدارمى. انتهى نيل الأوطار (١٦٢/٥). قلت: قال الذهبى فى المفتى للضعفاء (١٨١٩): حى بن عبد الله المعافى المصرى، شيخ ابن وهب. قال البعارى: وفيه نظره. وقال ابن عدى: أرجو أنه لا بأس به إذا روى عنه ثقة. وقال أحمد: «أحاديثه مناكير»، وقواه يحيى. أ. هـ.

(٢) أيضا فيه حديث عن أبى موسى قال: [لئن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيه] قال الشوكانى: لا بأس به. نيل الأوطار (١٦٢/٥) وأخرجه أحمد (٤١٤/٥).

(٣) بل ورد حديث يتعدى إلى الأقارب. عن علي بن رضى الله عنه قال: [أمرنى رسول الله ﷺ أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له، فقال: أدركهما فارتعتهما ولا تبعهما إلا جميعاً] أخرجه أحمد (١٢٧، ٩٨/١) والبيهقى (١٥٧/٩) والحاكم (٥٤/٢) والدارقطنى (٢٦٦/٣) والزيلعى فى نصب الرأية (٢٦/٤) والهيثمى (١٠٧/٤) وابن أبى حاتم فى علل الحديث (١١٥٤). وفى رواية [وهب لى النبى ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لى: يا على ما فعل غلامك (الغلامان)؟ فأخبرته، فقال رُدُّهُ رده. رواه الترمذى (١٢٨٤) والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٣٣٩٢) والزيلعى فى نصب الرأية (٢٦/٤) والمتقى الهندى فى كثر العمال (١٠٠١٠) قال الشوكانى فى نيل الأوطار (١٦٢/٥): رجال إسناده ثقات كما قال الحافظ، وقد صححه ابن حزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم والطبرانى وابن القطان. أ. هـ.

البيع؛ إذ لا خلل فى نفسه، والثانى: أنه لا يتعقد؛ لأن التسليم تفريق، وهو محرم، والمنوع شرعاً كالمتنع حساً، فيلحق بالعجز عن التسليم.

ويقرب من هذا بيع السلاح من أهل الحرب. قال الأصحاب: هو باطل؛ لأنهم لا يعدون إلا لقتالنا، فالتسليم إليهم إعانة محرمة، وفيه وجه آخر: أنه محرم ويتعقد، كالبيع من قطاع الطريق، وهو منقاس، ولكنه غير مشهور.

القسم الثانى من المناهى: ما حمل على الفساد

وذلك إما لتطرق خلل إلى الأركان والشرائط، التى سبقت فى الباب الأول أو لأنه لم يبق للنهى سوى العقد منفصلاً عنه؛ فحمل على الفساد.

وهى ثمانية: الأول: نهيه عن بيع جبل الحبلبة^(١): وله تأويلان:

أحدهما: أن يبيع بئمن إلى أجل، وهو وضع نتاج الناقة؛ فإنه أجل مجهول يطرق جهلاً إلى الثمن.

والثانى: بيع نتاج النتاج قبل الوجود على عادة العرب، وهو بيع ما ليس بمملوك ولا مقدور ولا معلوم.

الثانى: نهيه عن بيع الملاقيح والمضامين^(٢):

والملاقح: هو ما فى بطن الأم.

والمضامين: ما هو فى أصلاب الفحول، وهى^(٣) غير مقدورة ولا معلومة.

(١) وفيه حديث عن ابن عمر بالفاظ متقاربة منها قال: [نهى رسول الله ﷺ عن بيع جبل الحبلبة] وفى لفظ [نهى عن بيع جبل الحبلبة. وجبل الحبلبة أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم يحمل التى تحت]، وفى لفظ للبخارى (٢١٤٣) [نهى عن بيع جبل الحبلبة، وكان يبيعاً يتبايعه أهل الجاهلية: كان الرجل يئناح الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التى فى بطنها] وأخرجه مسلم (١٥١٤) والترمذى (١٢٢٩) وابن ماجه (٢١٩٧) وأحمد (١٠٨، ٦٣، ١١، ٥/٢، ٥٦/١) والبيهقى فى شرح السنة (١٧٦/٨) وأبو نعيم فى حلية الأولياء (٣٥٢/٦) والخطيب فى تاريخ دمشق (١٣٢/٤) والحميدى فى مسنده (٦٨٩) والنسائى (٤٦٢٤، ٤٦٢٢) وأبو داود (٣٣٨٠).

(٢) حديث «المضامين والملاقيح» أخرجه إسحاق بن راهويه كما فى تلخيص الحبير (١٢/٣)، والبخارى (٨٧/٢) من حديث صالح بن أبى الأخضر عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة عن النبى ﷺ [نهى عن بيع الملاقيح والمضامين] قال البخارى: وصالح بن أبى الأخضر ليس بالحافظ. وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد (١٠٧/٤): فيه صالح بن أبى الأخضر، وهو ضعيف. ورواه مالك فى الموطأ (٦٥٤/٢) عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال: لا ربا فى الحيوان، وإنما [نهى من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح وجبل الحبلبة، والمضامين: بيع ما فى بطون إناث الإبل، والملاقيح: بيع ما فى بطون الجمال] رواه هكذا مرسلًا. وفى الباب عن ابن عمر موصولاً، أخرجه عبد الرزاق (٢١/٨) ح (١٤١٣٨).

(٣) فى الأصل (وهو) وأثبتنا الصواب.

الثالث: نهيه عن بيع الملامسة^(١): وله تأويلان:

أحدهما: أن يقول: مهما لمست ثوبى فهو مبيع منك وهو باطل، لأنه تعليق، أو عدول عن الصيغة الشرعية. وقيل معناه: أن يجعل اللمس بالليل فى الظلمة قاطعاً للخيار. ويرجع ذلك إلى تعليق اللزوم، وهو غير نافذ.

ونهى عن بيع المنابذة^(٢) وهو فى معنى الملامسة فالنبد كاللمس.

وقيل: معناه: أن تتباذ السلع، وتكون معاوضة. ولا ينعقد بها البيع عندنا.

الرابع: نهى عن بيع الحصة^(٣):

وهو أن يجعل رضى الحصة بيعاً، أو يقول: بعث منك من السلع ما تقع عليه حصاتك إذا رميت، أو بعث من الأرض إلى حيث تنتهى حصاتك؛ فالكل فاسد؛ لما سبق من المعانى.

الخامس: نهيه عن بيعتين فى بيعة^(٤): ذكر الشافعى، رضى الله عنه. تأويلين:

أحدهما: أن تقول: بعثك بألفين نسيئة، أو بألف نقدًا، أيهما شئت أخذت به، فأخذ

(١) وفيه حديث أبى سعيد الخدرى قال: [نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة فى البيع، واللامسة: لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقبله، والمنابذة: أن يبد الرجل إلى الرجل بثوبه ويبد الآخر بثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض] أخرجه البخارى (٢١٤٤) ومسلم (١٥١٢/٣) وأبو داود (٣٣٧٧، ٣٣٧٨، ٣٣٧٩) والنسائى (٢٦٠/٧) وابن ماجه (٢١٧٠) والدارمى (١٦٩/٢) والحميدى (٧٣٠) وعبد الرزاق (١٤٩٨٧) والبيهقى (٣٤٢/٥) وأبو يعلى (٩٦٧).

(٢) انظر الحديث السابق.

(٣) جاء هذا النهى عن جماعة من الصحابة مرفوعاً منهم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: [نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الثغر] أخرجه مسلم (ح ١٥١٣/٤) وأبو داود (ح ٣٣٧٦) والترمذى (ح ١٢٣٠) والنسائى (٢٦٢/٧) وابن ماجه (ح ٢١٩٤) وأحمد (٤٣٦، ٣٧٦/٢) والدارمى (٢٥٤، ٢٥١/٢) والدارقطنى (١٦، ١٥/٣) والبيهقى (٢٦٦/٥).

(٤) وهو من حديث أبى هريرة مرفوعاً [من باع بيعتين فى بيعة فله أو كسهما أو الربا] وفى لفظ [نهى النبى ﷺ عن بيعتين فى بيعة] أخرجه الترمذى (١٢٣١) والنسائى (٢٦٠/٧) وأحمد (٢١٧٤/٢) والبخارى (٥٠٣، ٤٧٥، ٤٣٢، ١٧٤/٢) والبيهقى (١٤٤، ١٤٢/٨) والترمذى (٣٤٣، ٣٤٢/٥) والزيلى فى إتحاف السادة المتقين (١٣٤/٢) وأبو نعيم فى حلية الأولياء (١٧/١) قال الترمذى: حسن صحيح. قال الشوكانى: حديث أبى هريرة باللفظ الأول فى إسناده محمد بن عمرو بن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد. اهـ. انظر: نيل الأوطار (١٥٢/٥).

بأحدهما فهو فاسد؛ لأنه إيهام وتعليق.

والآخر: أن تقول: بعثك عبدى على أن تبيعنى فرسك وهو فاسد؛ لأنه شرط لا يلزم، ويتفاوت بعده مقصود العقد، وقد نهى مطلقاً عن بيع وشرط، وكذلك نهى عن بيع وسلف، ومعناه: أن يشترط فيه قرضاً.

السادس: نهى عن ثمن الكلب والخمر^(١):

وهو معلل بالنحاسة، فيتعدى إلى كل نجس عندنا. وصحح أبو حنيفة، رحمه الله، شراء الخمر للمسلم، بوكالة الذمي إذا باشره الذمي، وهو وكيل.

السابع^(٢): نهى عن بيع ما لم يقبض، وعن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، وعن بيع الكالئ بالكالئ وسيأتي تفصيله، ونهى عن بيع الغرر^(٣)، وعن بيع اللحم بالحيوان^(٤)، وقد ذكرناه، وقد نهى عن ثمن عسب الفحل^(٥)؛ وذلك لأنه غير مقدور على التسليم.

(١) سبق عند تحقيق أول الباب ذكر ما ورد في ذلك من أخبار.

(٢) في الأصل «السادس» وهو خطأ.

(٣) سبق ذكر ما ورد فيه في النهى عن بيع الحصاة.

(٤) وفيه حديث مرسل عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ [نهى عن بيع اللحم بالحيوان] قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٠٣/٥): الحديث أخرجه أيضاً الشافعي مرسلًا من حديث سعيد، وأبو داود في المراسيل. ووصله الدارقطني في الغريب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد وحكم بضعفه وصوب الرواية المرسل للذكورة وتبعه ابن عبد البر وله شاهد من حديث ابن عمر عند البزار وفي إسناده ابن زهير وهو ضعيف. أ.هـ قلت: وذكر له طرق أخرى، والحديث موقوف على أبي بكر رضي الله عنه وطرقه كلها ضعيفة ثم قال: ولا يخفى أن الحديث ينتهض للاحتجاج بمجموع طرقه فيدل على عدم جواز بيع اللحم بالحيوان. أ.هـ وأخرجه: الدارقطني (٧١/٣) وابن عبد البر في التمهيد (٣٣٣، ٣٢٢/٤) والهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٥/٤) وأبو نعيم في حلية الأولياء (٣٣٤/٦).

(٥) وفيه أيضاً عن جماعة من الصحابة منهم ابن عمر قال: [نهى النبي ﷺ عن ثمن عسب الفحل] أخرجه البخاري (٢٢٨٤) بدون لفظ «ثمن» وكذلك الترمذي (١٢٧٣) والنسائي (٣١١، ٣١٠/٧) والدارمي (٢٧٣/٢) والحاكم (٤٢/٢) وابن أبي شيبة (١٤٦، ١٤٥/٧) والدارقطني (٤٧/٤) والبيهقي (٣٣٩/٥) والبخاري (١٣٨/٨) وأبو نعيم (١٥٩، ٦١/٩) والهيثمي (١٩٢/٣، ١٢٦/٢، ١٥٤/١). وأخرجه باللفظ الأول: أحمد (١٤/٢) والدارمي (٢٧٢/٢).

الثامن: نهى عن بيع وشرط^(١):

فاقتضى مطلقه امتناع كل شرط فى البيع، والمفهوم من تعليله: أنه إذا انضم شرط إلى البيع بقيت معه علاقة بعد العقد، يتصور بسببها منازعة ويقوت بقواتها مقصود العاقد، وينعكس على أصل العقد، فيحسم الباب، ولم يكن محذور هذا النهى منفصلاً عن العقد؛ فيدل على فساد، أو فساد الشرط لا محالة.

ويستثنى من هذا الأصل حال الإطلاق ستة شروط:

الأول: أن يشترط ما يوافق العقد، كقوله: بعث بشرط أن تتفع به وتتصرف كما تريد، لأنه لا يبقى علاقة.

وكذلك إذا قال: ألا يأكل إلا الهريسة، ولا تلبس إلا الخنز، وما لا غرض فيه. لأنه ليس فيه علاقة، يتعلق بها نزاع يتغير به غرض فهو هذان ساقط، وهذا استثناء عن صورة اللفظ، ولكنه منطبق على المعنى المفهوم.

الثانى: شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونه، بشرط أن يكون معلوماً وأن لا يكون زائداً. وسببه: الحاجة لكثرة الغيبة، وعرف ذلك بنص الأحاديث.

الثالث: شرط المهلة فى الثمن إلى ميقات معلوم عرف ذلك بالنص ويتأيد بالحاجة العامة.

الرابع: شرط الوثيقة فى الثمن بالرهن، أو الكفيل أو الشهادة. عرف ذلك بالنص، ويعلل بعدم الحاجة؛ لى يعرف الكفيل بتعيينه، والمرهون بتعيينه، أن الغرض يتفاوت به، ولا يشترط تعيين الشهود، إذ لا يتفاوت الغرض، وهل يشترط تعيين من يعدل الرهن على يده؟ فيه وجهان. ولو عين الشهود فهل يتعين؟ فيه وجهان: أحدهما: يتعين كالكفيل.

والثانى: لا؛ كتعيين الميزان؛ إذا لا أرب فيه.

فإن قلنا: لا يتعين، فلا يفسد به العقد، بل هو لاغ لا يتأثر العقد به.

(١) وفيه عن ابن عمر مرفوعاً [لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك] أخرجه الترمذى (١٢٣٤) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأبو داود (٣٥٠٤) والنسائى (٢٩٥، ٢٨٨/٧) وأحمد (١٧٨/٢) والحاكم (١٧/٢) والمتقى فى كسر العمال (٩٦١٠) والدارقطنى (٧٥/٣) والزيلعى (٤٥، ١٨/٤) وابن حجر فى تلخيص الحبير (١٢/٣) والتبريزى (٢٨٧٠) والألبانى فى إرواء الغليل (١٤٨/٥).

ولو شرط أن يكون المبيع رهناً بالثمن: قال الشافعي، رضى الله عنه: البيع مفسوخ.
قال الأصحاب: ذلك يبنى على قولنا: البداية فى التسليم بالبائع أو بالمشتري، أو
بتساويان، ليكون الشرط مغيراً مقتضى العقد.

وتعليه: أن التسليم إذا وجب عليه، بمقتضى العقد، فاشترط أن يكون البيع رهناً فى
يده على الثمن، فقد غير مقتضى العقد فى إيجاب التسليم فيفسد. وإن قلنا: البداية
بالمشتري، فوجهان: أحدهما: الصحة؛ إذ لا مانع.

والثاني: البطلان؛ لأن يد البائع يد ضمان، وليس يد المرتهن يد ضمان، بل أمانة،
فهما ضمان فلا يجمع بين حكميهما فى حال واحدة، والأول أظهر.

ثم هذه الشروط إذا صححت، فلو امتنع المشتري عن الوفاء بالكفيل والرهن
والإشهاد، ثبت له الخيار فى البيع، ولو أحاب، فامتنع البائع من قبول الرهن مثلاً فيجبر،
أم يخير بين القبول وبطلان الخيار؟ فيه تردد ذكره صاحب التقريب.

ويثبت الخيار مهما تلف المرهون قبل التسليم، وكذلك إذا خرج العين المعين للرهن
معيّناً، وهو لم يطلع عليه، ولو تلف بعد القبض فى المرهون فلا خيار.

ولو اطلع بعد فواته فى يده على عيب ففى ثبوت الخيار فى أصل البيع وجهان:
أحدهما: لا؛ لأنه لم يتمكن من^(١) الرد. والثاني: نعم؛ إذ بان أن ما سبق لم يكن
وفاء بالملتزم.

فإن قيل: فهذه الشروط لو فسدت، بجهالة أو غيرها، أو ذكر شرطاً ليس فى هذه
الأقسام المستثناة وحكم بفسادها، فهل يفسد العقد؟ أم لا؟.

قلنا: قد ذكرنا أنه يفسد العقد بكل شرط فاسد يتأثر به العقد وتبقى علته وذلك فى
الأجل والخيار وغيره.

وفى شرط الوثيقة قولان، ووجه الفرق: أنها أمور مستقلة منفصلة، ففسادها لا
يوجب فساد العقد، بل يلغو.

والأقيس: الأول؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط، والمقصود بالنهى
البيع؛ فليفسد العقد بمطلق النهى، ولأن ما يستقل بنفسه إذا ضم إلى العقد تأثر به؛ فأشبهه
الخيار والأجل.

وحكى صاحب التقريب والشيخ أبو على نصاً غريباً: أن البيع لا يفسد بالشرائط

(١) فى الأصل «فى» وما أثبتناه بالمقابلة مع نسخ أخرى أولى بالصواب.

الفاصلة، بل يلغو الشرط كما في النكاح، وحكاه أبو ثور أيضًا عن الشافعي، وهو بعيد.

الخامس: مما استثنى عن النهي: شرط العتق في المبيع؛ لما روى أن بريرة قالت لها عائشة، رضى الله عنها: لو باعك أولياؤك لصيبت لهم ثمنك صبا، فقال السادة: لا نفعل ذلك إلا بشرط أن تعتقك ويكون الولاء لنا. فذكرت عائشة، رضى الله عنها، ذلك لرسول الله ﷺ فقال ﷺ: «اشترى واشترطى لهم الولاء». ثم قام خطيبا فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل»^(١)، في خطبة طويلة، فأذن في ذلك، ولا يأذن في باطل، وأنكر هذا التكليف عليهم مع الإذن في الإجابة.

وخرج بعض الأصحاب قولاً: أن شرط العتق كسائر الشروط الفاسدة، وهو القياس؛ وهو مذهب أبي حنيفة ولكنه لا وجه له إلا بتأييد القول الغريب به، وهو أن العقد صحيح والشرط فاسد.

وتأويل الحديث: أنه أذن في العقد والشرط، أما العقد فصحيح، وأما الشرط فغير لازم. ولكن كان يثق بعائشة أنها تقي بالشرط تكرماً، وهذا أولى كي لا يكون مناقضاً للقياس، والتأويل بالقياس غير ممنوع.

ونص الشافعي، رحمه الله، على ما ذكرناه، وهو موافقة الحديث في تصحيح الشرط والعقد. أما المصير إلى فساد العقد فلا يعقل له وجه مع الحديث بحال ولو قال به قائلون. والتفريع به على النص في صحة الشرط؛ فعلى هذا لو شرط الولاء للبائع فوجهان: أحدهما: يصح وله الولاء؛ لقصة بريرة، رحمه الله، وأنه، عليه الصلاة والسلام، لا يأمر بفساد.

والثاني: المنع، فإنه في غاية البعد عن القياس، واحتمال تقدير مساهلة من الشارع في هذه المشاركة أهون من تشويش قاعدة القياس.

وهذا أيضاً يشوش بالنص في أصل الشرط؛ فليقبل النص جملة وتفصيلاً.

(١) حديث [ما بال أقوام (أناس) يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله] أخرجه: البخاري (٢١٦٨) ومسلم (العتق ب ٢ رقم ٨٠٦) والترمذي (٤١٢١) والنسائي (٧٢/٣، ٨٤/٤، ١٦٤/٦، ٢٨٠، ٢٧٢، ٣٠/٧) وأبو داود (العتق ب ٢) وأحمد (٨٢/٦) والبيهقي (٣٣٨، ٢٩٩/١٠، ١٣٢/٧) والدارقطني (٢٢/٣) والطبراني (٢٨٣/١١) والهيتمي (٨٦/٤)، (٢٤٢، ٢٤٧) والحميدي (٢٤١).

فإن قيل: العتق المستحق بعد صحة الشرط لمن هو؟

قلنا: اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: هو حق الله تعالى، كأنه التزم العتق بشرطه، فأشبهه النذر. ومنهم من قال: هو حق البائع لأنه ثبت بشرطه.

ويتنبى عليه ثلاثة أمور: أحدها: أنه هل ثبت له المطالبة؟ فإن قلنا: حقه، فنعم، وإن قلنا: حق الله تعالى فوجهان:

أصحهما: أنه يملك الطلب، إذ ثبت بشرطه، وتعلق به غرضه وإن كان لله تعالى فيه حق. الثاني: أنه هل يسقط لزوم بعفه؟.

وإن قلنا حق الله تعالى فلا، وإن قلنا: حقه فوجهان، إذ رب حق لا يقبل الإسقاط إفراداً، كالأجل، ويترد هذا في عفو مستحق الكفيل والرهن.

وعلى الاحتمالين لا يجرى إعتاق المشتري إياه عن الكفارة؛ لتعلق استحقاق الغير به.

الثالث: إذا امتنع المشتري من الإعتاق: ذكر صاحب التقریب قولین:

أحدهما: ثبوت الخيار للبائع، كما في الامتناع من الكفيل والرهن.

والثاني: أنه يجبر على العتق، كما يجبر المولى على الطلاق.

وهذا يلتفت على أنه حق الله تعالى، فلا وجه لإسقاطه بفسخ البائع ولا بإحازته ورضاه بعدم العتق.

فروع: لو مات العبد قبل اتفاق العتق، فقد تصدى تفويت حق البائع من العتق إلى غير بدل، أو لإيجاب بدل بعد زوال ملكه وسلامة الثمن له؟.

فاختلف الأصحاب، منهم من قال: يفسخ العقد فيسترد الثمن ويضمن المشتري القيمة؛ حذراً عن ارتكاب محال.

ومنهم من قال: الانفساخ بعد القبض من غير سبب أيضاً محال؛ فيغرم المشتري قدر التفاوت بين قيمته مع الشرط، وقيمه دون الشرط.

والثالث: أن الغرم لا بد منه، ولكن يغرّم مثل نسبة هذا التفاوت من الثمن، لا من القيمة بعينها. وهذا أعدل الوجوه.

السادس: إذا شرط في البيع وصفاً ناجزاً، ليس يتوقف على إنشاء أمر بعده، وذلك ينقسم إلى ما يرجع إلى عين، وإلى ما هو وصف محض:

أما الوصف المحض: فيصح شرطه، كقوله: بعث العبد، على أنه كاتبٌ أو خباز، ثم إن أحلف ثبت له الخيار.

أما ما يرجع إلى العين: كقوله: بعث الجارية على أنها حبلى، وكذا البهيمة، ففيه قولان؛ أحدهما: البطلان؛ لأنه يرجع إلى شرط إدراج الحمل فى البيع، فكأنه قال: بعث الجارية وحملها بدينار فإلتفت على تفريق الصفقة. ووجه الأول: أن الحمل كالوصف فى الحيوان.

أما إذا شرط فى الشاة أن تكون لبونا: منهم من قال: هو كوصف الحرفة والكتابة؛ فإنه ليس بشرط وجود اللبن فى الحال، فاللبن يتحصل بصفة غريزية ناجزة واللبن من ثمرتها.

ومنهم من قال: هو كالحمل، فيخرج على القولين.

ولو شرط حشو فى الجبة: فهو من قبيل الحمل وأولى بالصحة؛ لأن الحشو يعلم وجوده، والحمل يتردد فيه.

ولسنا نشترط رؤية حشو الجبة، على قول منع الغائب؛ لأن الجبة قد تقصد على هذا الوجه.

وكذلك لا نشترط أن يرى من الدار كل ضبة وسلسلة على باب لأنه صار وصفاً وتبعاً.

أما إذا قال: بعثك هذه الصبرة على أنها ثلاثون صاعاً؛ فالشرط صحيح، فإن خرج كذلك فلا كلام.

وإن زاد لم يصح فى الزائد، وفى الباقي يخرج على قولى تفريق الصفقة.

وإن نقص: ففي صحته فى ذلك القدر بخلاف يلتفت على ما إذا قال: بعث منك هذه النعجة، فإذا هى رمكة.

ففى قول: يعول على الإشارة وفى آخر: يعول على العبارة، وإنما صححنا الشرط ولم نفسد العقد فى الأصل؛ لأن كثرة الصيعان فى حكم الوصف للصبرة.

فروع ثلاثة: أحدها: إذا قال: بعثك ولم يذكر الثمن: فسد، والمبيع مضمون فى يد المشتري إن قبضه، وإن لم يذكر الثمن؛ لأن البيع يقتضى بمطلقه طلب عوض.

وإن قال: بعثك بلا ثمن، فهل ينعقد هبة؟ ذكر القاضي قولين: أحدهما: نعم؛ لأنه أفاد معناه، وهو التملك مجاناً.

والثاني: لا؛ لأن اللفظ متهافت، فإن البيع يقتضي ثمناً.

فإن قلنا: لم ينعقد: ففي الضمان على المشتري إذا قبض وجهان؛ أحدهما: يجب، ككل شراء فاسد، والثاني: لا؛ لأن علة الضمان أنه لم ينزل عنه إلا ببدل، فليرد إليه أو بدله، وهاهنا نزل عنه مجاناً.

الثاني: إذا استثنى حمل الحيوان عن البيع، ففيه وجهان:

أحدهما: الصحة؛ كما لو كان الولد حراً، فإن بيع الأم صحيح على الظاهر. والثاني: لا؛ لأن المبيع معرض لغرر بسبب غير المبيع.

الثالث: إذا قال: اشتريت منك هذا الزرع بدينار على أن تحصده لي. من أصحابنا من قال: يفسد؛ لأنه شرط فعلاً في عقد، فكأنه يبغي منه فعلاً مع المبيع.

ومنهم من قال: لا. بل معناه: اشتريت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بدينار؛ فالدينار ثمن وأجرة، فهو جمع بين الإجارة والبيع؛ فيخرج على قولنا تفريق الصفة في الجمع بين مختلفات الأحكام.

فإن جوزنا الجمع بين البيع والإجارة على الجملة: فهذا يلتفت على أصل آخر وهو: أن أحد شقي عقد الإجارة على العمل في الزرع جرى قبل ملك الزرع، والاستحجار على العمل في ملك الغير غير جائز؛ فيخرج على وجهين فيما إذا قال لعبد: كاتبك وبعثك ثوبى هذا بألف، فقال العبد: قبلت واشتريت؛ لأنه جرى إيجاب البيع قبل أن يصير العبد أهلاً للبيع منه، ولكن تأخر القبول عنه، والمسألة محتمة.

هذا تمام القول في الشرائط الفاسدة، وما فسد منها وأفسد العقد قبل اللزوم، وإن لم ينقل هاهنا إلا أن المقابلة بالعقد حاصلة فلا ينقلب صحيحاً بالحذف في مدة الخيار، ولا في مجلس العقد خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

وكذلك الجهالة المفسدة إذا رفعت في المجلس لم ينتفع.

أما الشرط الصحيح إذا ألحق بالعقد في المجلس، كالخيار والأجل أو زيادة الثمن والمثمن، ففيه وجهان: أحدهما: المنع؛ كما بعد اللزوم. والثاني: أنه يصح؛ لأن المجلس، كإنه حريم العقد وأوله، وهذا يفسده قولنا: إن حذف الجهالة في المجلس لا يبغي؛ فيعمل

هذا التفريع على قولنا: المملك غير منتقل، فقبل العوض والزيادة والنقصان، وهذا أيضاً مشكل على قياس مذهب الشافعى، رحمه الله، فى المنع من إلحاق الزوائد والشروط.

الباب الرابع فى فساد العقد لانضمام فاسد إليه

وهو المعروف بتفريق الصفقة

وذلك له ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: أن يجرى فى الابتداء: كما لو باع ملكه وملك الغير فى صفقة واحدة فسد فى ملك الغير، وفى ملكه قولان: أحدهما: الصحة؛ لأن الصحيح لم يتأثر بالفاسد، فلا يفسد بمساوقته. والثانى: الفساد؛ لعلتين.

أصحهما: أن الصحيح تأثر به، إذ صار ما يخصه من الثمن مجهولاً، وجميع المستحق ثمناً ينبغي أن يعلم وحصة ملكه من الجميع لم يعرف مبلغه، فصار كما إذا قال: بعث منك عبدى هذا بما يخصه من الألف لو وزع عليه وعلى قيمة عبد فلان.

والثانية: أن الصفقة المتحدة إذا فسدت فى بعض مسمياتها لم تقبل التبعيض، وهذه العلة توجب الفساد بحكم التفريق فى النكاح أيضاً.

وإن عللنا بجهالة العوض: لم يجز فى الرهن والهبة؛ إذ لا عوض فيهما، ولا فى النكاح، فإن الجهل فيه بالعوض لا يفسد، ولا فيما تناسب أجزاءه كعبد مشترك انفرد أحدهما ببيعه، فإنه يعلم أن النصف مشترى بالنصف، والثالث بالثالث، وكذا فى سائر الأجزاء المتناسبة.

وإن فرعنا على الصحة: ثبت الخيار للمشتري، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز فبقسطه من الثمن.

وفيه قول آخر: أنه يجزى بكل الثمن، حذراً من أن يكون مبلغ الثمن المستحق غير معلوم، وكان هذه زيادة فاسدة، لم يقبل العوض كالعيب، وهو بعيد.

والصحيح: أن البائع لا خيار له، وإن أجزى بقسط من الثمن؛ لأنه سلم له كل بدل ملكه، هذا إذا باع مملوكاً ومغضوباً فإن ضم إلى ملك حراً فالخلاف مرتب، والفساد أولى؛ إذ تقدير قيمة الحر أبعد فإن ضم إليه حمراً، أو خنزيراً، أو كلباً فمر به على الحر، والفساد أولى، إذ لا بد من تقدير صفة خلقة لمعرفة القيمة ثم إن صححنا، فقد قيل: يقدر الخنزير نعجة، والخمر خلا؛ ليتمكن تقويمه، وهو بعيد.

بل الأصح: أن تقدر قيمته على حاله عند من له قيمة عنده.

أما إذا ضم إلى الصحيح غائب مجهول لا مطمع في معرفة قيمته، فيتعين إبطال العقد، إلا على القول الضعيف في أن الإجازة تجرى بكل الثمن، فأما إن أجزنا بقسطه، لم نعرف مبلغه بحال.

فإن قيل: قطعتم بالبطلان فيما إذا قال: بعثك عبدى بما يخصه من الألف لو وزع على قيمته وقيمة عبد آخر عينه، وترددتم في هذه المسألة، فما الفرق؟

قلنا: إن كان المتعاقدان عالين بحقيقة الحال عند العقد بطل العقد؛ إذ لا فرق، هكذا قال الشيخ أبو محمد. وإنما الخلاف عند الجهل، إذ قد ظننا أن مبلغ الثمن معلوم حالة العقد، وللظن تأثير في أمثاله، كما سبق في نظائره في فصول علم المبيع. ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ أبو محمد رحمه الله.

الموتبة الثانية: التفريق في الدوام: وذلك بأن يتلف أحد العبدین قبل القبض على وجه ينسخ فيه، ففي الانفساخ في الباقي قولان مرتبان على العلتين.

الصحيح: أنه لا ينسخ؛ لأن الجهل محذور في الابتداء، والعقد الآن قد استقر، وعلى هذا يأخذ الباقي بقسطه. وقول التكميل هاهنا في نهاية الضعف؛ لأن العقد قد سبق مقتضياً للتوزيع.

التفريع: إن جوزنا تفريق الصفقة في الدوام، فلو اشترى عبيدين ووجد بأحدهما أو بهما عيباً، وأراد إفراد واحد بالرد وهو المعيب، فله ذلك.

ولو أراد ردهما جاز أيضاً، وإن كان المعيب واحداً؛ لأنه لم يسلم له كل المشتري وفيه وجه: أنه لا يردهما إلا إذا كانا معيين.

ولا خلاف في أنه لو أراد رد نصف عبد لم يجز؛ لأن التبعض عيب في حق البائع. وإن فرعنا على القول الآخر، فليس له إفراد أحد العبدین بالرد، وإن رضى البائع، فوجهان:

أقيسهما: المنع؛ لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا تختلف بالتراضى.

والثاني: الجواز؛ وكان هذا القائل يعلل بتضرر البائع برجوع بعض المبيع إليه. ولو كان الثاني تالفاً، فهل يجهل عذره في إفراد القائم؟ فيه وجهان.

فإن منعناه، فلو ضم قيمة التالف إليه فهل يتمكن منه؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا أراد ضم أرض العيب الحادث إلى المبيع، ورده بالعيب القديم.

وهاهنا أولى بالمنع؛ لأن النقصان في حكم تابع، والعبد مستقل بنفسه، فلا يجعل تابعاً للقائم.

فرع: لو حكمنا برد قيمة الثالف، ضمنا إلى القائم فتنازعا في مقداره، فالقول قول المشتري، لأنه الغارم والأصل براءة ذمته.

ولو تلف أحد العبدین قبل القبض، وقلنا: يرد البائع ما يخصه دون الباقي فتنازعا، ففيه قولان؛ أحدهما: أن القول قول البائع؛ لأنه الغارم برد بعض الثمن.

والثاني: بل القول قول المشتري؛ لأنه الذي يسلم بعض الثمن للباقي، والنزاع يرجع إلى مزيد فيه يدعيه البائع، وينكره المشتري.

المرتبة الثالثة: أن يجمع بين عقدين مختلفي الحكم في الفسخ والانفساخ:

كالإجارة والبيع، أو النكاح والبيع، أو الصرف والسلم، الذي يفسخ بالتفرق قبل القبض، مع غيره مما لا يفسخ به، أو السلم في جنس واحد إلى آجال، أو في أجناس إلى أجل واحد: فيه قولان مرتبان على المرتبة الثانية، وأولى بالصحة، إذ أحاد هذه العقود صحيحة، فلا مانع في الجمع في الحكم.

ووجه الفساد: أن انفساخ العقد في البعض لو جرى لانفساخ الباقي وذلك مترقب؛ فإن العقود المتفرقة لا تنظم أحوالها في المال فجعل المتوقع كالواقع، وهذا بعيد جدا.

فإن قيل: إذا كان سبب الفساد، تفرقا واقعا في صفقة متحدة، فبم يعرف اتحاد الصفقة وتعددتها؟

قلنا: إن اتحد البائع والمشتري والعوض اتحدت الصفقة، وتعدد بتعدد البائع قطعاً، وكذا بتعدد العوض، فإذا قال: اشتريت عبدك بدينار، واستأجرت جاريته بدينار، كانت الصفقة متعددة.

فإذا قال: اشتريت العبد واستأجرت الجارية بدينار فعند ذلك تتحد. وفي التعدد بتعدد المشتري مع اتحاد البائع، وصيغة العقد والعوض قولان: أحدها: القياس على البائع. والثاني: الفرق؛ فإن المشتري كالقائل الثاني على الإيجاب السابق، فالنظر إلى من منه الإيجاب.

أما إذا اتحد الوكيل، وتعدد الموكل أو على العكس؛ فثلاثة أوجه: أحدها: النظر إلى الوكيل؛ فإنه العاقد. والثاني: إلى الموكل؛ فإنه من يقع العقد له. والثالث: أن النظر في الشراء إلى الوكيل؛ لأنه الذي يتعلق به العقد ظاهراً، وفي البيع إلى الموكل؛ لأنه سفير لا يتعلق به حكم.

التفريع: إن قلنا: يتعدد بتعدد المشتري، فلو قال لرجلين: بعث منكما، فقبل أحدهما دون الآخر، فقيه وجهان: أحدهما: الصحة؛ للتعدد.

والثاني: المنع؛ لأن الجواب غير منطبق على الخطاب، وقد التبس جوابهما جميعاً وهذا بعيد، إذ نص الشافعي، رضي الله عنه، على أنه لو خالغ زوجته، فقبلت إحداها، صح مع أن فيه معنى التعليق، والمعلق بصفتين لا يحصل بإحداها.

ولا خلاف أنه لو قال لواحد: بعث منك هذين الصاعين بدرهم، فقال: اشتريت أحدهما بنصف درهم لا يصح، وإن فرعنا فعلى جواز تفريق الصفقة، للخلل في القبول، وعدم مطابقته للخطاب.

وقطع الشيخ أبو علي بأنه لو قال لعبد: زوجت منك أمتي، فقبل إحداها صح النكاح، وفرق بينه وبين البيع، ولا ينقدح فيه فرق من حيث انتظام الجواب والخطاب، ولكن النكاح أبعد عن قبول الفساد بانضمام فاسد إليه؛ فإن غايته أن يكون ضم الفساد إليه كشرط فاسد، والنكاح لا يفسد به. ولعله رأى تعدد الصفقة بتعدد الزوجة، فإن منصبها منصب العاقدة، لا منصب المبيع.

إلا أن هذا التعليل تخدشه مسألة، وهي: أنه لو أصدق امرأته عبداً، ثم بان الفساد في نكاح إحداها؛ قال الشيخ أبو علي: للزوج الخيار على التي صح نكاحها، في نصف العبد حتى يفسخ، ويسلم مهر المثل حتى لا يتبعض عليه العبد، قال: وعرضت هذا على القفال فارتضاه.

ولا تنفك هذه المسألة عن احتمال، فإن المرأتين كالمشتريين للعبد فلا يعد تعدد الصفقة بهما. وسنذكر انفراد أحد المشتريين بالرد، إن شاء الله تعالى.

ولا خلاف أن أحد المشتريين لو وفي نصيبه من الثمن، وقلنا: الصفقة متعددة تسلم إليه حصته من المبيع.

وإن قلنا: الصفقة متحدة؛ فهما كالمشتري الواحد.

وفيه إذا سلم بعض الثمن خلاف، والظاهر: أنه لا يسلم إليه شيء من المبيع، وإن كان ينقسم كالخنطة مثلاً، ما لم يسلم تمام الثمن.

وفيه وجه: أنه يسلم بقدره؛ لأن الثمن متوزع على المبيع، لا كالدين في حق المرهون. فأما إذا كان لا ينقسم، فلا خلاف في أنا لا نكلفه المهايأة في قدر ما سلم

ثمنه؛ لأن حق الجنس ضعيف لا يحتمل التسليم والاسترداد؛ ولذلك يبطل بالإعارة.

القسم الثاني^(١)

فى بيان لزوم العقد وجوازه

وهو أهم ما يذكر بعد بيان صحته وفساده، والأصل فى البيع اللزوم، والجواز بأسباب خاصة، فنعقد فيها ثلاثة أبواب:

الباب الأول: فى خيار المجلس

وفيه فصلان:

الفصل الأول: فى مجاربه

والأصل فيه قوله، عليه السلام: «المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»^(٢).

قيل: معناه إلا بيعاً شرط فيه الخيار، فلا يلزم بالفرق. وقيل: معناه إلا بيعاً شرط فيه نفى خيار المجلس؛ فيلزم بنفسه عند قومه. ولما ثبت خيار المجلس بالحديث اختصاص بالبيع، فكل ما يسمى بيعاً من الصرف والسلم، والإشراك إن شرك بينه وبين غيره، بأن يقول: أشركتك فى هذا البيع، وهو مستعمل فى البيع، وكذلك التولية والصلح: ثبت فيه الخيار قطعاً.

ويستثنى أربع مسائل: الأولى^(٣): بيع شرط فيه نفى خيار المجلس، وفيه وفى نفى خيار الرؤية والعيب ثلاثة أوجه: أحدها: لزوم العقد، وصحة الشرط. والثانى: فساد العقد؛ لفساد الشرط. والثالث: أن الشرط لاغ، والعقد باق على مقتضاه.

الثانية: كل بيع يستعقب عتقاً، ك شراء الوالد وشراء العبد نفسه من سيده لا خيار فيه؛ لأنه ليس عقد مغابنة.

وقال أبو بكر الأودنى: يثبت الخيار فى شراء القريب، واستدل بقوله عليه السلام:

(١) يعنى القسم الثانى من كتاب البيوع.

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البخارى (٢١١١) وأبو داود (٣٤٥٤) والسنائى (٢٤٨/٧) والبيهقى (٢٦٨/٥) والبعوى (٣٩/٨) وكتر العمال (٩١٩٣) والزيلعى (١/٤) والتبريزى (٢٨٠١) والشافعى فى المسند (٢١٩). وله ألفاظ أخرى.

(٣) فى الأصل «الأول» وهو خطأ؛ لأن الواحد والاثنتان: يذكران مع المذكر ويؤنثان مع المؤنث.

«لن يجزى ولدٌ والده حتى يجده مملوكًا فيشتريه، فيعتقه»^(١) فيدل على تعلق العتق باختياره، وهو ضعيف.

الثالثة: إذا باع مال الطفل من نفسه: فقد قيل: لا خيار؛ لأنه لا يعقل في الواحد اجتماع وتفرق. والصحيح: ثبوت الخيار؛ لأنه في معنى شخصين. نعم الخلاف يتجه في أن خياره ينقطع بمفارقة مجلس العقد؟ أم لا ينقطع إلا بصريح الإلزام؛ لأنه ملازم نفسه أبدًا؟ ثم لا شك في أنه يثبت له خياران: واحدٌ له على طفله، وواحدٌ لطفله عليه.

الرابعة: بيع الغائب، وفيه وجهان؛ أحدهما: أنه كسائر البيوع. والثاني: لا؛ لأنه بصدد خيار الرؤية، وكل واحد منهما خيار يشتهى؛ فلا يجتمعان في عقد واحد، والأول أظهر. فإن قلنا: يثبت، فوجهان: أحدهما: عند العقد، وهو القياس.

والثاني: عند الرؤية، إذ قبلها لا يتصور حقيقة الرضا.

أما النكاح والرهن والهبة والكتابة، وكل عقد جاز من الجانبين، أو من أحدهما: فلا خيار فيها؛ لأنها ليست في معنى البيع، وكذلك كل ما لا يسمى بيعًا، إلا في سبعة أمور:

أحدها: الإجارة: وفي ثبوت خيار المجلس والشرط فيها، ثلاثة أوجه؛ وجه الإثبات: أنها صنفٌ من البيوع. ووجه المنع: أنه يؤدي إلى تعطيل المنافع في مدة الخيار، بخلاف البيع. وفي الثالث: يثبت فيه خيار المجلس؛ إذ الغالب أنه يتصرم على قرب فلا وزن لتلك المنفعة، بخلاف خيار الشرط.

والمسابقة، إذا قلنا: إنها لازمة من الجانبين في معنى الإجارة، ولكنها أبعد عن البيع قليلًا.

أما الإجارة الواردة على الذمة فيثبت فيها الخيار؛ إذ لا يحذر فيها فوات منفعة. والإجارة بيعٌ تحقيقًا.

(١) الحديث باللفظ الذي أورده المصنف أخرجه: الطحاوي في مشكل الآثار (١٤١/٢) وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٠/٣) والزيدي في إتحاف السادة (٣١٣/٦) والعراقي في المغني عن حمل الأسفار (٢١٦/٢) والحاكم (١١٥/١). وأخرجه: بلقظ [لا يجزى ولدٌ والده إلا أن.... الحديث] مسلم (١٥١٠) وأبو داود (٥١٣٧) والترمذي (١٩٠٦) وابن ماجه (٣٦٥٩) وأحمد (٢٣٠/٢) والبيهقي (٢٨٩/١٠) والسيوطي في الدر المنثور (١٧٢/٤) وابن أبي شيبة (٣٥١/٨) والبخاري في شرح السنة (٣٦٤/٩).

الثاني: الإقالة: ويثبت فيها الخياران. على قولنا: إنها ابتداء بيع.

الثالث: الحوالة: وفيها وجهان، على قولنا: حكم المعاوضة غالباً على الاستيفاء. ووجه المنع: أن وجود معنى الاستيفاء غير منكر، وإن كان مغلوباً.

الرابع: الهبة بشرط الثواب: إن قلنا: تنعقد بيعاً ففيها وجهان كالخلاف في أنها: هل تفيد الملك قبل القبض؟.

الخامس: القسمة: ولا يثبت فيها خيار الشرط على الأصح؛ لأنه لا مدخل للفظ فيه، وفي خيار المجلس على قولنا: إنه بيعٌ بخلاف وإن كانا قهري ولا وجه لإثبات الخيار أصلاً.

السادس: الشفع إذا بذل عوض المشفوع: فما دام في مجلس بذل العوض، هل يتخير في الرجوع وهي معاوضة محققة ولكنه قهري لا يتعلق باللفظ؟ فيه وجهان. ولا يثبت خيار الشرط بحال.

السابع: الصداق: والمشهور: أنه لا يثبت فيه الخياران.

وحكى الصيدلاني قولين؛ لأنه عقدٌ مستقل بنفسه لا يفسخ النكاح بفسخه، فكل هذه المسائل منشأ التردد فيها: التردد في أنها هل هي في معنى البيع لاشتغالها على المعاوضة والمغابنة؟.

فرع: العاقد في الصرف إذا ألزم في المجلس، ثم فارق قبل القبض انفسخ العقد، وعصى إن فارق دون إذن صاحبه، فإنه أبطل عليه حقاً لازماً.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يعصى؛ لأن علة القبض قائمة، فلا يلزم ولا يثبت اللزوم قبل القبض ما دام في المجلس، وإن جرى صريح الإلزام.

والظاهر: أنه يلزم وإن كان يفسخ بقوات القبض.

الفصل الثاني: في قواطع الخيار

وهو قول أو فعل:

أما القول: فهو كل ما يصرح به، كقولهما: اخترنا، والتزمتا، ورفعنا الخيار، أو ما يتضمنه، كالتعق والبيع، على ما سيأتي.

وإن انفرد أحدهما وقال: التزمت، لم يسقط خيار صاحبه ويسقط خياره على

الأصحح، وفيه وجه من حيث إنه أثبت هذا الخيار للمتبايعين جميعاً فلا يستقل به أحدهما.

أما الفعل: فهو الافتراق. وذلك بالشخص، والروح، والعقل.

أما التفرق بالشخص: فهو أن يفارق صاحبه إلى حد لو استقر فيه عدا خارجين عن مجلس التخاطب.

ثم يبطل خيار القاعد أيضاً؛ لأنه قادرٌ على مساوقته، ولو تساوقا في مشى أو سفينة دام الخيار إلى الافتراق.

وفيه وجه لطيف: أنه لا يزيد على ثلاثة أيام، فإنه منتهى أمد الشرع في جواز البيع، وتخصيص المجلس هاهنا جرى بناء على الغالب.

أما التفرق بالروح: فهو بالموت وقد نص الشافعي، رضى الله عنه، على بقاء الخيار للوارث. ونص في المكاتب إذا مات في مجلس العقد: أنه وجب العقد: فمن الأصحاب من تكلف فرقاً، وهو أن الخيار للوارث، والمكاتب لا وارث له، والسيد ليس وارثاً تحقيقاً، فانقطع خيار المجلس بموته إذ لم يمكن نقله.

ومنهم من قال: في المسألتين قولان، منشؤهما: أن المفارقة بالروح هل تنزل منزلة المفارقة بالشخص؟.

ومنهم من قطع بالبقاء في المسألتين للوارث وللسيد، لأنه حق مقصود؛ فلا يبطل بالموت كخيار الشرط.

نعم، ينقذ الخلاف في أن الوارث إذا بلغه الخبر يدوم خياره بدوام مجلس بلوغ الخبر، أم هو على الفور؟ من حيث إن التفرق بالموت أبطل المجلس، وبقي مجرد الحق فثبت اختياره على الفور.

والوجه الآخر: أن الحق إذا بقي بقي بوصفه، ومثل هذا الخلاف جار فيما إذا مات وقد بقي من مدة خيار الشرط يوم، وبلغ الوارث الخبر بعد تصرم ذلك اليوم، أن بقية المدة هل تبقى في حقه؟ من حيث إن تعيين إبقاء الحق، فوصف المدة والمجلس بعد جريان الاختصاص فيه قد بطل.

أما العاقد الحي فينقطع خياره أيضاً إن قطعنا خيار صاحبه، وإلا فيبقى ويدوم إلى أن يستوفى الوارث خيار نفسه إذا بلغه الخبر، فإذا بطل خيار الوارث بطل خياره إذ ذاك، وإلا فلا، وقيل: إن الحي لا يتصرف بالخيار بالفسخ والإجازة قبل بلوغ الخبر إلى

الوارث، كى لا ينفرد أحد العاقدين، وهو بعيد.

ولو أكره أحدهما على الخروج، أو حمل قهراً، ففيه وجهان يقربان من الموت.

وقيل: إنه ينقطع بسقوط خياره إن كان مفتوح القم، فإنه قدر على الفسخ، ولا وجه له، فإن صدمة الحال قد تدهشه.

ثم إذا نفينا خياره، فمهما عاد إلى اختياره كان كالوارث يبلغه الخبر. ولا فرق بين أن يحمل أو يكره على الخروج، وإن فرقنا في اليمين على قول: لأن هذا حكمٌ منوطٌ بصورة المفارقة وذلك يتعلق بالحنث والمخالفة، وللقصد فيه مدخلٌ.

أما المفارقة بالعقل: بأن جن أحدهما أو أغمى عليه: فالظاهر أن الخيار يبقى للقيم والولى، ولا يطل بمفارقته بعد الجنون. وفيه وجه مخرج من الموت: أنه ينقطع؛ إذ هذا الخيار بعيدٌ عن قبول النقل وقد تعذر إبقاؤه للعاقد.

فروع: إذا تنازع المتعاقدان في التفرق، وجاءا متساوقين، وقال أحدهما: لم أفارقه بعد، ولى الخيار: فالقول قوله؛ إذ الأصل عدم التفرق. ولو تنازعا، فقال أحدهما: فسخت في المجلس، وأنكر الآخر: قال صاحب التريب: القول قول مدعى الفسخ؛ لأنه تصرفٌ يستبد به وقال غيره: القول قول الآخر لأن العقد والتفرق معلومان وهو يدعى فسخاً، فعليه إثباته.

الباب الثاني: في خيار الشرط

وفيه فصلان:

الأول: في حكمه في نفسه ومدته

وفيه مسائل خمسة: الأولى: في آخر مدته:

ولا يزيد على ثلاثة أيام عندنا؛ لأنه ثبت على خلاف القياس لحاجة دفع الغبن؛ إذ كان حبان بن منقذ يخدع في البيعات، فشكا أهله إلى النبي ﷺ فقال له: قل: لا خلاية^(١)، واشترط الخيار ثلاثة أيام.

(١) الحديث في صحيح البخارى (٢١١٧، ٢٤٠٧، ٢٤١٤، ٢٩٦٤) ومسلم (١٥٣٢) عن ابن عمر رضى الله عنه ولم يسم فيه الرجل ولم يذكر فيه الثلاثة أيام؛ قال صاحب مبدل السلام، الصنعاني: زاد ابن إسحاق في رواية يونس بن بكير وعبد الأعلى عنه ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد فيبقى ذلك الرجل حتى =

وقال أبو سيف: لا حصر فيه أصلاً. وقال مالك: يتعذر به إلا فيما لا يطلع عليه في ثلاثة أيام مما تغمض معرفته.

الثانية: أول مدته: وفيه وجهان:

أظهرهما: أنه يحسب من وقت العقد. والثاني: أنه يحسب من وقت التفرق، لأن الجمع بين خيارين متحانسين لا يعقل؛ ولأن الشارط يبقى الإثبات لنفسه في وقت يقتضى العقد لزومه، وعلى هذا فلو صرح بشرط ابتدائه من وقت العقد انبنى على المعنيين.

فإن عللنا بمطلق إرادته ظاهراً فقد تغير بالتصريح، وإن عللنا بأن اجتماع المتماثلين لا يعقل لم يثبت هذا الشرط.

وعلى الأول: لو صرح باشتراط ابتدائه من وقت التفرق فالظاهر البطلان؛ لأنه يصير مجهول الأول.

ثم إذا اجتمع الخياران، فیرتفعان بقولهما: ألزمتنا وأسقطنا الخيار الجواز. ولو خصصنا أحد الخيارين بالإسقاط لم يسقط الآخر.

والوجهان، وهو أن يعتبر من وقت العقد في أول مدة الأجل في الثمن، جارياً؛ لأن الخيار أيضاً يفيد قطع المطالبة، وهو أولى بأن يحسب من أول العقد لما بينهما من الاختلاف، وأما مدة الإجازة: إن حكمنا بثبوت خيار الشرط فيها، ففي ابتدائها أيضاً هذان الوجهان، والأصح: أنه من وقت العقد.

الثالثة: معرفة قدر المدة التي لا بد منها: فلو أجل الخيار بمجهول، فسد ولم ينقلب صحيحاً بالحذف بعده، وكذلك لو أبهم بأن أثبت الخيار في أحد العبدین لا بعينه.

ولو شرط الخيار في واحد معين من عبدین، فيخرج على تفريق الصفقة في الجمع بين مختلفي الحكم.

الرابعة: من أثره إفادة سلطة الفسخ دون حضور الخصم وقضاء القاضى، خلافاً لأبى حنيفة. وهل يؤثر في دفع الملك وبقائه للبائع؟ فيه ثلاثة أقوال:

سأذكر زمان عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة فكثر الناس في زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئاً فقبل له: إنك غبت فيه رجع فيشهد له رجل من الصحابة أن النبي ﷺ قد جعل له الخيار ثلاثاً فيرد له دراهمه[انظر: سيل السلام (٢/٨٤١)، وورد عند مسلم (١٥٢٤/٢٦) وغيره شرط الثلاثة أيام لكن مقيد بالمصرّة.

أحدها: أن لا يزول ملك البائع، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الرضا لم يتكامل مع شرط الخيار.

والثاني: يزول، إذ ثبت الخيار على خلاف القياس دفع الغبنه فيثبت بقدر الضرورة، ولا حاجة إلى إخراج البيع عن كونه مفيداً بسببه.

والثالث: التوقف، فمن استقر الأمر عليه بينا ملكه في الابتداء.

الخامسة: إذا شرط الخيار لثالث ثبت له: وهل يثبت لهما؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ اتباعاً للشرط. والثاني: بلى؛ لعلتين إحداهما: أن مطلق الشرط يبنى على الثبوت للثالث بطريق النياية، فعلى هذا فلو صرح بالنفى انتفى. والثانية: أن ثبوته للغير لا يعقل استقلالاً، بل هو بطريق النياية ضرورة، فعلى هذا وإن صرحا بالنفى لم يعقل الثبوت للثالث دون الثبوت لهما.

أما الوكيل المأذون في العقد بشرط الخيار إذا أطلق شرط الخيار ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه يثبت للموكل؛ لأنه وقع العقد له. والثاني: للوكيل؛ لأنه العاقد. والثالث: لهما جميعاً.

وأما خيار المجلس فيختص بالوكيل قطعاً؛ لأنه الحاضر، فلو كان الموكل في المجلس حجر على الوكيل في الخيار، فإن قلنا: عليه الامتنال رجع حقيقة الخيار إلى الموكل. وإن قلنا: لا يمثل، فإنه من لوازم السبب السابق، وهذا وإن كان بعيداً أيضاً ففيه تأمل للناظر.

الفصل الثاني

في حكم الخيار في الطوارئ في مدته

والنظر في الزيادات، والتصرفات، والوطء، والتلف.

فالمتصلة منها تابعة، والمنفصلة كالولد، والكسب، يسلم لمن حكمنا له بالملك في حالة الحصول في آخر الأمر.

فإن اقتضى تفريع أقوال الملك بالحكم بالملك في حالة الحصول دون آخر الأمر أو على العكس فوجهان، منشوهما: تعارض النظر إلى الحال والمآل.

أما التصرفات:

فالتعق إن صدر من المفرد بالخيار نفذ، وإن كان الخيار لهما وصدر من البائع نفذ؛

لأن عتقه فسخ، وهو مستبد به. وإن صدر من المشتري لا يآذن البائع، فإن قلنا: لا ملك له لم ينفذ، وإن قلنا: الملك له فوجهان يقربان من القولين في عتق الراهن؛ إذ للبائع حق متعلق بالعين لازم، فإن قلنا: ينفذ فالظاهر أنه لا يطل خيار البائع، ولكن في فائدته وجهان:

أحدهما: أنه يفسخ العقد ويرجع إلى القيمة، إذ العتق لا مرد له. والثاني: أنه يرد العتق وكأنه نفذ بشرط ألا يرد.

وقيل: إن خيار البائع يطل؛ لأنه لا يقاوم قوة العتق كحق المرتهن من الاختصاص، والبيع كالعتق.

وفي صورة الخلاف وجه مرتب عليه، وأولى بأن لا ينفذ، وإن نفذ فلا يتجه إبطال خيار البائع، بل يتعين أن يسلط على فسخ البيع الثاني والأول إن شاء، إذ البيع يحتمل الرد. وإن قلنا: لا ينفذ العتق والبيع، فهل ينفذ بإجازة البائع؟ أما البيع: فلا؛ فإنه لا يقبل الوقت، وفي العتق خلاف.

وإن قلنا: ينفذ، فيستند إلى وقت العقد، أو من وقت الإجازة ينفذ؟ فيه وجهان.

وهل يجعل التصرف المردود إجازة من المتصرف في جانبه؟ فيه وجهان، إذا فهمنا أنه إجازة؛ لأنه واقع من ضرورته، والرد جرى لحق الغير.

فروع: لو اشترى عبداً بجارية، والخيار للمشتري، فله أن يستبد بعتق أيهما شاء على البذل؛ لأنه مستبد بالفسخ والإجازة.

فلو أعتقهما جميعاً، قال أبو حنيفة: يعتقان. وهو متناقض؛ لأنه جمع بين الفسخ والإجازة، فالوجه الترجيح.

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً: أنهما يتدافعان، كالجمع بين أختين في النكاح. واختار ابن الحداد، وهو الأصح: أنه يرجح جانب العبد؛ لأنه إجازة للعقد، فهو أولى من الفسخ، ولأن الصحيح أن العبد ملكه. ومنهم من قال: الجارية أولى، لأن الفسخ أقوى من الإجازة.

ولو فرعنا على أن الملك في زمان الخيار للبائع، وهو بعيد في هذه الصورة، فتكون الجارية معتقة أولى؛ لاجتماع الملك وسلطان الفسخ.

أما الوطء: إن صدر من البائع، وله خيار، فلا حد ولا مهر ولا تحریم؛ لأنه فسخ،

نص الشافعي، رضى الله عنه، عليه.

وخرج بعض أصحاب الخلاف وجهًا من إيهام العتق بين أمتين، وأنه لا يكون فسخًا، كما لو وطئ إحدى الأمتين.

ومن أصحابنا من قال: تعرض بالوطء للتحريم، وإن جعلناه فسخًا، إذ كان من حقه أن يفسخ ثم يطاء.

وقطع الشيخ أبو محمد بنفى التحريم؛ لجريان الملك مع الوطء غير متأخر عنه، وقال: لو رأينا الوطء رجعة لأحللناه في الرجعية.

أما المشتري: فهو كالبائع في الإباحة، وكونه إجازة إن لم يكن للبائع خيار، وإن كان له خيار: حرم الوطء وحصلت الإجازة من جانبه على الأصح.

وقيل: إنه يحمل من جانبه على الامتحان، كالخدمة.

ولو وطئ بإذن البائع لزم من جانب البائع أيضًا، وإن كان يراى منه، وهو ساكت، فوجهان، إذ السكوت عليه، مع خطره، حضور دليل على الرضا.

وأما الخلد: فساقطٌ للشبهة، والمهر حكمه حكم الكسب.

فإن جرى الإحبال مع الوطء: فحرية الولد ونسبه ثابتٌ للشبهة، وقيمة الولد لها حكم الكسب والمهر وأمية الولد لها حكم العتق، وأولى بالتنفيذ لأنه فعلٌ. وقيل خلافه؛ لأن العتق حريةٌ منحزة، والترتيب متقدم.

وأما تلف المبيع: فإن كان في يد البائع: انفسخ العقد، وإن كان في يد المشتري فقلنا: الملك للبائع انفسخ العقد؛ لأن بقاء الملك أقوى من بقاء علقه اليد.

وإن قلنا: إن الملك للمشتري فوجهان؛ ووجه الانفساخ: بقاء علقه الخيار للبائع.

وحيث قلنا: لا ينفسخ، ففى بقاء الخيار وجهان: أحدهما: أنه لا يبقى؛ لفوات المعقود عليه؛ فيضاهى فوات الرد بالعيب عند فوات المبيع. والثاني: يبقى؛ لأن الرد يعتمد المردود، وهاهنا الخيار يقوم بالعقد، والعقد قائم.

وإن قلنا: ينفسخ وجبت القيمة على المشتري؛ ويعتبر يوم القبض أو التلف حكمه حكم المستعار، إن قلنا: الملك للبائع، وإن قلنا: الملك للمشتري يعتبر حالة التلف؛ وإن كان قبله ملكًا له فإن قيل: بماذا ينقطع الخيار؟

قلنا: بما يدل على الرضا، من البيع، والعق، والهبة مع القبض وكل تصرف مزيل للملك، وكذلك بالهبة والتسليم مع الولد، وإن كان خيار الرجوع ثابتاً؛ لأن ذلك استدراكٌ بعد ثبات الملك.

ولا ينقطع الخيار بالهبة قبل القبض، ولا بالبيع بشرط الخيار، إن قلنا: إنه لا يزيل الملك، ولا بالعرض على البيع، والإذن في البيع، فإنه هم دون الإتمام، بخلاف الوصية فإنها تنقطع بالعرض على البيع لغاية الضعف.

ولا ينقطع الخيار بالتسليم والتسلم، ولا بالاستخدام وركوب الدابة، وينقطع بالوطء على الصحيح.

والأظهر: أنه ينقطع بالإحارة والتزويج وقد تنحل منه أن الوصية أضعف من البيع بشرط الخيار وحق الشفعة، والرد بالعيب أضعف من الوصية؛ لانقطاعها بالتأخير.

وأما الرجوع عن الهبة، فلا يحصل إلا بالتصريح، وفي حصوله بالإعتاق خلاف. فهذه مراتب الحقوق، والله أعلم وأحكم.

الباب الثالث: في خيار النقيصة

وما سبق كان ثابتاً على طريق التشهي، وهذا الخيار لا يثبت إلا بفوات أمر مطلق، ينشأ الظن فيه من التزام شرطى أو قضاء عرفى، أو تقرير فعلى.

والنظر فيه ينقسم إلى: بيان الأسباب المثبتة، والموانع المبطلّة:

السبب الأول: الالتزام الشرطى:

وهو الأصل، وما عداه ملحق به، فمهما شرط وصفاً يتعلق بفوات نقصان مالية لكونه حيازاً، أو كاتباً، أو متجعد الشعر، وغيره، فإذا فقد ثبت الخيار للمشتري.

وإن شرط ما لا غرض فيه ولا مالية فيه، ككونه مشوه الخلق: ألغى الشرط ولزم العقد، كأن شرط ما فيه غرض ولا مالية كالثيابة فى الجارية، والكفر فى العبد وهو فى بلادنا، ففيه تردد، ووجه ظاهر.

السبب الثانى: العيب:

وهو كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً، وقد يكون ذلك، بنقصان وصف أو زيادته، وقد يكون نقصان عين كالحصى، أو زيادته كالإصبع الزائدة.

والخصى وإن زادت قيمته ولكن ما فات منه مقصودٌ، ويتعلق به مالية وإنها الزيادة الجلب بالخبر لغرض آخر حصل به، فلم ينفك عن نقصان.

والبول في الفراش، والبحر الذي ينشأ من تغيير المعدة، والصنان الذي يخالف العادة ولا يقبل العلاج عيبٌ في العبيد والإماء، خالف أبو حنيفة في العبيد. واعتياد الإباق والسرقة والزنا عيبٌ فيهما.

وقال أبو حنيفة: الزنا هو عيب في الإماء دون العبيد واحتباس الحيض عيبٌ في الجوارى.

وكون الجارية أختاً للمشتري أو ولده ليس بعيب، وإن اقتضى ذلك تحريم الوطء أو حصول عتق؛ لأنه نقصٌ في نفس الجارية.

وثقل الخراج في الضيعة، واعتياد الجند النزول في الدار عيبٌ فيهما لقلة الرغبات بسببه.

وشق الأذن في الشاة ليس بعيب، إن لم يمنع الإجزاء في الأضحية وحيث يمنع ألحقه صاحب التقريب بالخصى؛ لأن فيه فوات غرض.

هذا كله في عيب تقدم وجوده على العقد، أو على القبض، فأما ما حدث بعد القبض فلا يرد به، إلا إذا استند إلى سبب قديم كما إذا اشترى عبداً مرتداً ف قيل: إن كان في يد البائع فهو من ضمانه، وإن قتل في يد المشتري فهل هو في ضمان البائع؟ فيه وجهان.

وإن كان عالماً حال العقد بردته فوجهان مرتبان، وأولى بالألا يكون من ضمان البائع. ووجه كونه من ضمان البائع: قيام علاقة الردة السابقة في الوجود على العقد أو القبض.

فإن قلنا: لا يفسخ فله أرش التفاوت بين المرتد والمسلم، إن كان جاهلاً عند العقد.

فإن قيل: هلا أبطلتم بيع المرتد وهو هالكٌ حكماً؟ قلنا: حكى الشيخ أبو علي وجهاً: أنه باطل، ولكنه بعيد؛ لأن المالية في الحال محققة، والعود إلى الإسلام ممكن.

نعم في العبد المستحق قتله في الطريق وجه نظر أظهر منه: أنه يمتنع بيعه؛ إذ لا محيص من القتل. والظاهر: صحة بيعه أيضاً؛ نظراً إلى الحال. أما إذا مات العبد بمرض تقدم على البيع ففيه طريقان؛ منهم من ألحقه بالردة في كونه من ضمان البائع، ومنهم من قطع بأنه من ضمان المشتري، إذ المرض يتزايد، والردة في حكم الشيء الواحد.

فإذا إذا استحق قطع يده في السرقة، فقطع بعد القبض:

إن قلنا: إن المرتد من ضمان البائع، فهذا أيضاً من ضمانه حتى يطالب بأرش التفاوت بين الأقطع والسليم عند تعذر الرد، وإلا فله الرد، وإن قلنا: ليس المرتد من ضمان البائع فليس له هاهنا إلا التفاوت بين عبد استحق قطعه، وبين المئسك عن هذا الاستحقاق. والافتراء بعد القبض بتزويج سابق على العقد: حكمه حكم القطع.

السبب الثالث: التصرية: وفيه فصلان:

الأول: في حد السبب

قال عليه السلام: «لا تصروا الإبل ولا الغنم ومن اشتراها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها ورد معها صاعاً من التمر»^(١).

ومعنى التصرية: أن يشد أخلاف الناقة ليجتمع فيها اللبن فيظن المشتري غزارة اللبن. ولو تخلفت الناقة بنفسها ففيه وجهان، مستندهما: أن سبب الخيار فوات ظن استند إلى قرينة حالية حتى ينزله منزلة ظن السلامة إذا استند إلى العرف؟ أو مستنده تغيرير العاقد بفعله ونزوله منزلة التزامه حتى ينزل منزلة شرط الغزارة؟.

وكل قائل يتشوف إلى التقريب من أصل متفق عليه، من خيار العيب أو خيار الخلف، والأخير أولى.

وقد اختلف الأصحاب فيما لو لطح ثوب العبد بالمداد مخيلاً أنه كاتب، أو صرى ثدى الجارية، أو حفل الأتان، أو علف الدابة حتى ربا بطنها وخيل أنها حامل.

ووجه التردد: أن اعتقاد صفة الكتابة بمجرد المداد كاعتقاد الحمل بكبر البطن لقصور في العقل.

وأما الأتان: فلينبها نجس، وإن قصد لأجل الجحش، والجارية لا يرى ثديها غالباً، فلا يقصد بها التغيرير.

الفصل الثاني: في حكم السبب

وفيهِ مسائل ثلاث:

(١) حديث (لا تصروا الإبل والغنم)، روى بهذا المعنى وبألفاظ مختلفة، عن أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه البخاري (٢١٤٨) ومسلم (١٤١٢/١١) وأبو داود (البيوع ب ٤٨) والنسائي (البيوع ب ١٤) والشافعي في المسند (١٨٩).

وبلفظ [لا تصروا الإبل والغنم للبيع] أخرجه الطبراني (٤١٩/١٢) والحميدي (١٠٢٨) والدارقطني (٧٥/٣) والهيثمي (١٠٨، ٨٢/٤) والساعاتي في بدائع المنن (١٢٥٤) والألباني في إرواء الغليل (١٦٤/٥).

إحداها: أن الخيار على الفور إن عرف التصرية بعد ثلاثة أيام، وإن اطلع قبله فوجهان، أفقهما: أنه على الفور.

والتقدير في الحديث محمولٌ على مهلة النظر للمعرفة، إذ لا يتحقق جريان التصرية قبله غالبًا.

الثانية: الواجب صاعٌ من التمر، بدلاً عن اللبن الذي كان في الضرع لدى العقد. فإن قيل: هلا وجب رد العين، أو المثل، أو القيمة؟ قلنا: لا؛ لأن عين اللبن لا تبقى غالبًا، وإن بقي فيمزج بأجزاء اجتمعت في الضرع بعد جريان العقد إلى تمام الحلب، وإنما لم يكلف رد المثل؛ لأن القدر إذا لم يكن معلومًا بمعيار الشرع كانت المقابلة من باب الربا، وإنما قدر بالتمر لا من جنس النقد؛ لفقد النقد غالبًا؛ ولأن التمر يشارك اللبن في المالية، وكونه قوتًا، وهو قريبٌ منه إذ يؤكل معه في بلادهم.

نعم. ولفهمهم هذا المعنى نص الشافعي، رحمه الله، على أنه لو رد الشاة المصراة بعيب آخر سوى التصرية رد صاعًا من التمر لأجل اللبن.

نعم. قال قائلون: يجب صاع من التمر أبدًا، وإن زادت قيمته على قيمة الشاة مثلاً بعيدًا.

ومنهم من قال: إن زادت على الشاة أو على نصفها: لم توجب كمال الصاع فإنما نعلم أنه، عليه السلام، قدر به؛ لأنه وقع في ذلك الوقت، قريبًا من قيمة اللبن المجتمع في الضرع، فعلى هذا يعدل بالقيمة، فيقدر قيمة شاة وسط، وقيمة صاع وسط في أكثر الأحوال.

فإذا قيل: هو عشر الشاة مثلاً، أوجبنا من التمر ما قيمته عشر الشاة.

الثالثة: لو أخرج بدل التمر زبيبا، أو قوتًا آخر، ففيه تردد.

منهم من اتبع التوفيق، ومنهم من رآه في معناه سواء كما في صدقة الفطر، وقد ورد في بعض ألفاظ المصراة لفظ الخنطة، وترددوا أيضًا في أن صاعًا من التمر هل يجب في رد الجارية المصراة، إذا رأينا ردها، فمن صائر إليه تعبدًا، ومن قائل: إن لبنها على حاله غير مقصود.

فإن قيل: إذا فات اللبن الكائن في الضرع وهو بعض المعقود عليه فهلا خرج رد الشاة دونه على تفريق الصفقة؟.

قلنا: لا؛ لأنه لا يقابله قسطٌ من الثمن على رأى، فهو في حكم وصف لا يوجب زواله عيب الباقي، بخلاف العيب الحادث.

وإن قلنا: يقابله قسط من الثمن، فلا وجه لمخالفة الحديث، فليؤيد به قول جواز تفريق الصفقة، فإنه المختار سيما في الدوام.

القسم الثاني: في مبطلات الخيار ودوافعه: وهي خمسة:

المانع الأول: شرط البراءة من العيوب

وقد قضى عثمان، رضى الله عنه، ببراءة البائع عن كل عيب لم يعلمه دون ما علمه وكتمه^(١).

وكلام الشافعى، رضى الله عنه، يدل فى ابتداء الباب على موافقته، وقال فى آخر الباب: لولا أثر عثمان، رضى الله عنه، لكان القياس أن يبرأ عن الجميع أو لا يبرأ عن الجميع.

فقال الأصحاب: كلام الشافعى، رضى الله عنه، مردّد بين ثلاث^(٢) احتمالات، فهى ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يبرأ؛ لأن مستند الخيار: أنه ملتزمٌ للسلامة بمطلق العقد عرفاً وقدرًا، وقد انتفى موجب الإطلاق بالتصريح.

ومنهم من علل ذلك بالحاجة لحفاء العيوب حتى خصص فريقٌ بالحيوان لكثرة عيوبه، وقطعوا فى غيره ببطلان الشرط ومنهم من سوى.

والثانى: أنه لا يبرأ؛ لأن هذا خيارٌ ثبت شرعاً فلا ينتفى شرطاً، ولأنه إبراء عن مجهول لا يدرى. وعلى العلتين اتبنى خلافتٌ فيما إذا عين عيباً وأبرأ عنه.

والثالث: أنه يبرأ عما لم يعلمه؛ لأن الحاجة متحققة فيه دون ما كتّمه. واختلفوا على هذا فى أن ما تيسر الاطلاع عليه هل يلحق بما علمه لتقصيره فى عدم البحث؟

واختلفوا فى أن قول صحة الشرط، هل يجرى فى عيب يحدث بعد العقد وقبل القبض، من حيث إنه بعد لم يوجد سببه، ثم مهما فسد هذا الشرط ففى فساد العقد به، قولان، نبهنا عليهما فيما قبل.

(١) ذكر ذلك ابن حجر فى تلخيص الحبير (٢/٢٤٤-١١٩٨) والبيهقى فى السنن الكبرى (٥/٣٢٨) وفى معرفة السنن والآثار (١٣٨٨) وأخرجه مالك (٢/٣٢٧).

(٢) كذا بالأصل والصواب «ثلاثة».

المانع الثاني من الرد: التقصير:

وذلك بالتأخير والانتفاع. فإن كان العاقد حاضراً: فليرد عليه، كما اطلع على العيب في الحال.

وإن كان غائباً: فليشهد على الرد اثنين، فإن عجز فليحضر مجلس القاضى مبادراً وليخبر بالرد.

فإن رفع إلى القاضى، والخصم حاضراً، فمقصراً.

وإن كان الشهود حضوراً فرفع إلى القاضى فوجهان، إذ في الرفع إلى القاضى مزيد تأكيد.

ولو كان المبيع دابة فركبها في طريقه إلى القاضى، أو عبداً فاستخدمه بطل حقه وكذلك إن حمل الدابة إكافاً أو سرجاً فليخطمها كما عثر على العيب ولا يجب حل العذار فهو في محل التسامح، وكذلك لو عسر سوق الدابة وقودها: جاز الركوب، وعلى الجملة مدرك التقصير العرف، وذلك ظاهر.

فرع: إذا بطل حقه بالتقصير فلا أرش له، بخلاف ما لو تعذر الرد بسبب، ولكن لو تراضيا على الأرض مع إمكان الرد ففيه وجهان؛ أحدهما: أن ذلك جائز؛ إذ الحق لا يعدوهما. والثاني: لا؛ إذ لا تقابل سلطنته الخيار بعوض، وما فات بالعيب قبول بغرامة عند عسر الرد لضرورة العجز عن تدارك الحق بطريق أقرب منه، والمعنى بالأرض حيث نوجب أن يعرف قدر النقصان بسبب العيب وينسب إلى تمام القيمة، فإن كان عسر القيمة رجع إلى عشر الثمن، والقيمة معتبرة لمعرفة النسبة لا لإيجاب عينها.

المانع الثالث: هلاك المعقود عليه.

حسباً بالتلف، أو حكماً بالعتق والاستيلاد، فإذا اطلع بعد الفوات فلا رد، إذ لا مردود، وتعين الحق في الأرض وهو جزء من الثمن كما سبق، وهل يبرأ عن ذلك الجزء من الثمن بمجرد الاطلاع، أم يتوقف على طلبه؟ فيه تردد.

وميل القاضى إلى أنه لا يتوقف على الطلب، بخلاف ما لو قدر على الرد فإن الفسخ لا يحصل دون طلبه. ومن الأصحاب من قال: كما بقى له طريق الرضا بالمعيب بكل الثمن مع البقاء يبقى له ذلك بعد الفوات فلا بد من الطلب.

فإن قيل: لو كان قد استوفى الثمن، وطلب المشتري الأرض، فهل يتعين حقه في عين

الثلث، أم يجوز للبائع الإيداع؟

قلنا: فيه تردد للأصحاب؛ إذ يحتمل أن يقال: المغيب في مقابلة كل الثمن إن رضى به، وإلا فهو في مقابلة بعضه فيخرج ذلك البعض عن المقابلة وتعين لاستحقاقه، وهو ظاهر كلام الأصحاب، وكأن المقابلة تغيرت. ولكن جوز ذلك مهما استند إلى سبب في أصل العقد، وإن كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند إلحاق زيادة بالثمن بعد اللزوم.

ويحتمل أن يقال: هذه غرامة، وكان البائع جعل معيًّا للملك المشتري، إذ العقد الواحد لا يقتضى مقابلتين في حالتين، ويشهد له أن مشتري الجارية بعد يعلم عيبه يستحل وطأها ولو كان جزء منه لغرض العود إلى بائع الجارية، لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة وهذه المباحة من دقيق الفقه، فلتفهم.

فرع: لو تلف أحد العوضين فبى بيع العبد بالجارية، فمن وجد عيبًا بالقائم رده، ورجع إلى قيمة المعوض الفائت اعتمادًا في الرد على قيام المردود.

ولو اشترى عبدین فتلف أحدهما، وقلنا: يمتنع إفراد أحد العبدین بالرد لتفريق الصفقة رجع بالأرش، والقيمة المعرفة لنسبة الأرث، حيث يرجع إلى الأرث، قيمة يوم العقد، أو قيمة يوم القبض؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يوم العقد؛ فإنه يوم الاستحقاق. والثاني: يوم القبض؛ لأنه يوم الضمان. والثالث: أقل القيمتين؛ نظرًا لجانب المشتري.

المانع الرابع: زوال الملك عن المبيع:

يمنعه من الرد في الحال، فلو عاد إليه، بأن باع فرد إليه بالعيب، فله الرد على الأول: لأن العائد هو الملك الأول.

وإن عاد إليه ببيع مستأنف فإن رد على الأخير حتى إذا رد عليه رد على الأول: جاز، وإن ابتداء بالأول ورد عليه فوجهان، وكذلك لو عاد إليه بهبة فوجهان مرتبان؛ وأولى بالجواز؛ إذ في البيع قدر على الرد على الثاني حتى يرد على الأول بعد العود إليه بالرد.

ومنشأ الوجهين: أن الزائل العائد كالذى لم يزل؟ أو كالذى لم يعد، ويجرى ذلك في رجوع شطر الصداق بالطلاق، وفي رجوع البائع إلى السلعة بعد إفلاس المشتري بالثمن. فمن قائل: رد ما اشترى كما اشترى. ومن قائل: ليس هذا الملك الذى ينقصه

ما استفادته منه، بل استفادته بالهبة، وإنما ذلك الملك قد زال ولم يعد؛ فصار كما إذا فات، ثم إذا منعاه من الرد ثبت له الأرض، وإن كان ذلك في ملك الغير وامتنع الرد في الحال، ولكن قلنا: لو عاد لقدّر على الرد، ففي جواز المطالبة بالأرض في الحال لوقوع الحيلولة وجهان يقربان من القولين في شهود الأموال إذا رجعوا لأن الحيلولة واقعة في المسألتين، وتوقع الوصول إلى أصل الحق مرجو فيهما، والأصح: جواز طلب البدل في الحال.

فرعان: أحدهما: لو رضى المشتري الثاني بالعيب، فالأصح أن للأول المطالبة بالأرض، فإن تبرع غيره عليه لا يلزمه التبرع على غيره.

الثاني: إذا كان عوض المردود خارجاً عن الملك وعائداً، فالأصح: أن ذلك لا يضر وجهاً واحداً؛ لأن عود ذلك يجرى قهراً فيرجع إلى عينه، ولأنه لو تلف لرجع إلى قيمته جبراً له، والآن هو بعينه قائم فهو أولى بأن يكون جائزاً.

المانع الخامس: العيب الحادث.

يمنع من الرد بالعيب القديم؛ لأن جانب البائع، أيضاً، يصاب عن الضرر الحادث، كما صين جانب المشتري عن القديم، فمسلك التدارك أن يضم المشتري أرض العيب الحادث إليه ويرد، أو يغرم البائع أرض العيب القديم حتى لا يرد. فإن اتفقا على أحد المسلكين فذاك، وإن تنازعا في التعيين، فثلاثة أوجه:

أحدها: أن البائع متبوع؛ لأن الأصل ألا يلحقه درك أصلاً إلا إذا لم يتضرر. والثاني: المشتري متبوع؛ لأن الأصل أن تمام الثمن لا يلزمه إلا بمبيع سليم. والثالث: أن من يدعو إلى أرض العيب القديم أولى، لأن استرداده يستند إلى أصل العقد، أما ملك الأرض عن العيب الحادث فجديد لا مدخل له في العقد.

فإن قيل: لو زال العيب الحادث بعد أخذ الأرض عن القديم، هل يعود حقه في الرد؟ قلنا: فيه وجهان، أحدهما: بلى، إذ الأرض مأخوذة للحيلولة الناجزة.

والثاني: لا، لوقوع الرضا بالعيب. فإن لم يقبض بعد ولكن قضى القاضى بالأرض فوجهان مرتبان، وأولى بأن يعود الحق.

أما إذا لم يطلع حتى زال العيب الحادث: فالمذهب جواز الرد بالعيب القديم هذا إذا لم يكن للعيب الحادث أمدٌ ينتظر زواله.

فإن كان له أمدٌ كعدة الوطاء بالشبهة إذا طرأت على الجارية، فإنه عيب. فلو اطلع على العيب ولم يرد في الحال منتظرًا زواله، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يظل حقه إذ قدر على طلب الأرض. والثاني: لا، لكونه معذورًا في الانتظار.

فروع ثلاثة: أحدها: لو أنعل الدابة، ثم اطلع على العيب فليزرع النعل وليرده إن كان لا يتعيب بالنزع، وليس يلزم البائع قبول النعل، وإن كان يعيبه فله الرد. وعلى البائع قبول النعل فإنه تابع. ولو قال المشتري: لا أسمح بالنعل وأطلب الأرض: لم يكن له ذلك؛ فإنه كالمحتقر في مؤنة الرد.

نعم، تردد الأصحاب في أن ذلك إعراضٌ عن النعل أو تمليكٌ، حتى لو سقط فهو للبائع أو للمشتري؟ وهو محتمل. أما إذا صبغ الثوب وزادت قيمته: فله الرد بالعيب القديم إن لم يطلب قيمة الصبغ، وليس للبائع الامتناع. وإن طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع ذلك مع رد الثمن؟ وجهان، والفرق: أن النعل تابعٌ والصبغ مقصود لا يسمح به.

فإن قلنا: لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث، فنعود الأوجه الثلاثة في أن تمليك أرض عيب حادث أولى، أم غرم أرض العيب القديم؟ ولم يذهب أحدٌ إلى أن المشتري يبقى شريكًا بالصبغ؛ لأن المشتري يتضرر بذلك، بخلاف الغاصب إذا صبغ فإنما تبقى شريكًا ولا نلتفت إلى تضرره؛ لعدوانه. أما إذا اشترى رجلان عبيدين: ففي انفراد أحدهما برد نصيبه قولان:

ووجه المنع: تفريق الصفقة إن قلنا: إنها تتحد مع تعدد المشتري، أو عيب التبعض على البائع إذا عاد إليه النصف، وإذا عللنا بهذا جوزنا الرد فيما لا ينقصه التبعض. والمقصود: أنا لو منعناه من الأفراد فاشترى نصيب شريكه وأخذ برد الكل دافعًا عنه ضرر التبعض وبطال ببقية النصف، فهل يجبر البائع عليه؟ فيه وجهان كما في الصبغ. الثاني: اشترى حليًا وزنه ألف درهم بألف حدث به عيب انكسار واطلع على عيب قديم، فلو ضم إليه أرض العيب الحادث لاسترد ألفًا ورد ما يزيد عليه، وهو عين الربا.

ولو كلف البائع أرض العيب القديم: لصار الألف بعد حط الأرض في مقابلة الألف فهو ربا. فقال ابن سريج: هذا عقد تعذر إمضاؤه فينفسخ ويسترد الثمن ولا ترد الحلي، بل يغرّم قيمته غير معيب بالعيب الحادث بالذهب إن كان الحلي من الفضة، أو بالفضة إن كان من الذهب فزارًا من ربا الفضل. وهذا يستمد مما نفرد من أن الأرض يتعين في الثمن ويتعين المقابلة بأخذ.

وقال صاحب التقريب: بل يغرم البائع أرض العيب القديم، فإن ذلك الأرض غرم فى مقابلة العيب وكان البائع هو المعيب، وهذا إشارة إلى أنه لا يتعين فى الثمن.

وقال العراقيون: بل يغرم المشتري أرض العيب الحادث ويرد، ولا مقابلة إلا بين الثمن والحلى وهما متوازيان، وهذه غرامة عيب حدث فى يد المشتري مضموناً.

وهذا أيضاً بعيد؛ لأن الأرض كالبذل عن ذلك الجزء من المعقود عليه الذى فات بالعيب حتى يرد الفسخ عليه فتتناوله المقابلة فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الأرضين، وأنه غرم مبتدأ؟ أم هو من مقابلة المعقود عليه؟ والمشهور ما أشار إليه ابن سريج فيهما جميعاً.

الثالث: إذا قور البطيخ، وكسر الجوز والرمان والبيض واطلع على عيب باطن. فإن زاد فى الكسر على الحاجة المعرفة: فعيب حادث، وإن اقتصر فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه عيب حادث، وهو ظاهر النص. والثاني: أنه يرد من غير أرض، إذ يستحيل أن يطل رده بطريق الاطلاع، والاطلاع سبب الرد. والثالث، وهو الأعدل، أن استقلاله بالرد لا يطل، ولكن يضم أرض الكسر حتى لا يتضرر البائع أيضاً.

أما إذا لم يبق له بعد الكسر قيمة كالبيضة المذرة: قال الشافعى، رضى الله عنه: يسترد كمال الثمن.

فقال الأصحاب: معناه: أنه يسترد أرض النقصان، ولكن أرض النقصان كمال الثمن إذا لم يبق له قيمة، وفائدته: أن القشرة تبقى مختصة بالمشتري فتبقى الطريق عنهما.

والوجه أن يقال: تبين أن العقد باطل؛ إذ ورد على غير متمول وهو تأويل كلام الشافعى، رضى الله عنه، والقشرة مختصة بالبائع، فإن فرض له قيمة قبل الكسر للنقش ولعب الصبيان، فقد بطلت المالية الآن.

فإن قلنا: إن طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرض، فهانئاً أيضاً ينقذ معه استرداد تمام الثمن، ويجعل كأنه لم يشتري إلا ما بقى بعد الاطلاع.

وإن جعل ذلك من ضمان المشتري: فلا ينقذح معه استرداد تمام الثمن. هذا تمام القول فى لزوم العقد وجوازه، واختتام القسم بثلاثة فصول.

الفصل الأول: فى حقيقة الرد والفسخ

وهو عندنا: رفع العقد من وقته، ولذلك لم يمتنع الرد بالعيب بالزوائد المنفصلة، ولا بوطء الثيب.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: هو رفع للعقد من أصله، ولأجله خالف في وطء الثيب، والزوائد المنفصلة.

أما الفسخ قبل القبض ففيه وجهان: أحدهما: أنه رفع من أصله؛ لأن العقد بعد ضعيف لم يتكامل، وعلى هذا نقول: الزوائد الحاصلة قبل القبض تنقلب بالفسخ إلى البائع. والثاني: أنه رفع من وقته، كما بعد القبض؛ وعلى هذا فالزوائد تبقى للمشتري.

فإن قلنا: تنقلب بالفسخ إلى البائع فله حبس الزوائد للثمن؛ إذا قلنا: له حبس المبيع؛ لأنه يتوقع التعلق به. وإن قلنا: تسلم للمشتري، فليس له فيه حق الحبس.

فإن قلنا: وما وجه رجوع الزوائد إلى ملك البائع، وقد حدثت في ملك المشتري كما بعد القبض؟ قلنا: لأجله قال فريق: لا يرجع إليه. والقائل الآخر يتعلق بما روى أنه، عليه السلام، سئل عن علة المبيع تسلم للمشتري بعد الفسخ وبعد القبض، فقال: والخراج بالضمان^(١) أى هو على خطر الضمان بالقبض فالغنم بالغرم، ومفهومه: أنه لا يسلم قبل القبض له.

والقائل الأول يتبع القياس، ويقول: ذلك علة لمنع الرجوع، ذكره لقطع استبعاد السائل، وقبل القبض لا يرجع لعله أخرى وهو أنه حدث من ملكه، والحكم قد يعمل بعلمتين.

الفصل الثاني: في حقيقة الإقالة

وفيه قولان: الجديد: أنه فسخ؛ لأن اللفظ ينبئ عنه، ولأنه جائز قبل القبض، وفي المسلم فيه والبيع لا يجوز.

والقديم: أنه بيع جديد، وليس له وجه، وإن تكلفنا له تقريراً في كتاب البسيط في المذهب.

فروع: لو كان المبيع تالفاً ففى جواز الإقالة على الجديد وجهان:

أحدهما: النع؛ كالرد بالعيب، فإنه يمتنع بعد القورات. والثاني: الجواز؛ فإن العقد

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد (٢٣٧، ٤٩/٦) والبيهقي (٣٢٢، ٣٢١/٥) والحاكم (١٥٠/٢) والهيثمى فى موارد الظمان (١١٢٦) وأبو داود (٣٥١٠، ٣٥٠٩، ٣٥٠٨) والشافعى فى مسنده (١٨٩) وابن حجر فى تلخيص الحبير (٢٢/٣) والمتقى فى كنز العمال (١٢٦٧، ١٢٦٥) والبعوى فى شرح السنة (١٦٣/٨) والألبانى فى إرواء الغليل (٢٧٣، ١٧٥/٥).

معتمد الفسخ وهو قائم، والرد يعتمد المردود وهو هالك.

فإذا كان الهالك أحد العبدین: ففي جواز الإقالة وجهان مرتبان، وأولى بالجواز، إذ القائم يستتبع الهالك، وإن كانا قائمين، فأراد أفراد أحدهما بالفسخ فليلتفت على تفريق الصفقة. والمذهب جوازه، لاسيما في الدوام.

الفصل الثالث: في النزاع في الرد بالعيب

فإذا قال المشتري: هذا العيب قديم، وقال البائع: بل هو حادث، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل السلامة ولزوم العقد.

فلو حلف ثم جرى الفسخ بعده بتحالف فأخذ يطالب المشتري بأرضه، وزعم أنى أثبت حديثه يميني، لم تمكنه؛ لأن يمينه صلحت للدفع عنه، فلا يصلح لشغل ذمة المشتري، بل للمشتري أن يحلف الآن على أنه ليس بحادث.

ثم قال الشافعي، رضى الله عنه: يحلف أنى بعته وما به عيب، فقال المزني: بل يزيد ويقول: بعته وأقبضته وما به عيب، فقال الأصحاب: أراد الشافعي، رضى الله عنه، ما إذا لم يدع المشتري إلا عيباً قبل العبد فيكفيه يمين على مطابقة ضد الدعوى. قال ابن أبي ليلى: كيف يحلف على البت ما به عيب، فلعله كان ولم يعرفه، فليحلف على نفى العلم.

قال الأصحاب: بل يحلف على البت، كما قال الشافعي، رحمه الله، كما يشهد على الملك والإعسار ونفى وارث سوى الحاضر، وكل ذلك على النفي يعرف بطول الخبرة بل أمر اليمين أسهل؛ ولذلك ثبت الحلف على اعتماد خط أبيه فلا يشهد به.

فإذا لم يعرف عيباً جاز له أن يطلق اليمين لأجل الحاجة.

فرع: لو توافقا على وجود يبايين بالعبد، أحدهما قديم والآخر حادث وقد زال أحدهما وتنازعا في أن الزائل هو القديم، أو الحادث؟ فدعواهما على التعارض، والقول قول البائع؛ لأن الأصل هو اللزوم.

القسم الثالث من كتاب البيع^(١)

فى حكمه قبل القبض وبعده

والنظر فى القبض يتعلق بثمرته وحكمه، ثم بصورته

وكيفيته ثم بصفته فى الوجوب، والإيجاب عليه

النظر الأول: فى ثمرته وحكمه

وله حكمان:

الحكم الأول: نقل الضمان

إذ المبيع عندنا وعند أبى حنيفة، رحمه الله، فى ضمان البائع قبل القبض، على معنى أنه يفسخ العقد بتلفه ويسترد الثمن.

وقال أبو ثور: هو من ضمان المشتري بمجرد العقد، وإليه ذهب مالك، رحمه الله، ولكن فيما يشتري جزأً لا تقديراً. وهذا إذا تلف بأفة سماوية. فإن أتلّفه المشتري فهو قبض من جهته مقرر للعقد وإن أتلّفه أجنبي؛ فطريقان: قطع العراقيون بأنه لا يفسخ؛ لأن المالية باقية ببقاء القيمة.

وقال المرازقة: قولان، ووجه الانفساخ: أن متعلق العقد العين وقد فاتت، فإن قلنا: لا يفسخ فالبائع هل يحبس القيمة لتسليم الثمن، كما يحبس المراهن قيمة المرهون؟ أم يقال: هذا حق ضعيف ولا يسرى إلى البدل؟ فيه وجهان.

فلو أثبتنا له حبس القيمة ففى الانفساخ بتلف القيمة أيضاً وجهان. أما إتلاف البائع: فمنهم من نزل منزلة إتلاف الأجنبي لأنه متعرض للقيمة، وهاهنا يعد إثبات الحبس له من القيمة، وهو المعتدى بالإتلاف، ومنهم من قال: هو كالأفة السماوية، إذ هو عاقد فلا يتعرض لضمان الأجنبي؛ لذلك لم نطالب المراجعة بمهر المثل مطالبة الأجنبية، إذا فوتت النكاح بالرضاع.

فإن قيل: فلو فات بعض المعقود عليه؟ قلنا: يفسخ فى ذلك القدر، وفى الباقي، قولاً تفريق الصفقة.

فإن قيل: فلو نقصت صفة قبل القبض؟ قلنا: فائدته إثبات الخيار، فإن أجاز بخير بكل الثمن ولا يطالب بأرش أصلاً، إلا إذا كان بجناية أجنبي فيطالب الأجنبي بالأرش إن

(١) فى الأصل «والكتاب» وما أثبتناه من ط-دار السلام ومقابلة أصل آخر.

أجاز، وإن فسخ فالبائع يطالبه، وجناية البائع في إيجاب الأرض مترددة بين الآفة السماوية وبين جناية الأجنبي، كما سبق في الإتلاف.

فإن قيل: احتراق سقف الدار قبل القبض، ما حكمه؟ قلنا: فيه وجهان:

أحدهما: أنه عيبٌ كسقوط يد العبد؛ لأنه تابع للدار، وليس كموت أحد العبدین. والثاني: أنه كأحد العبدین؛ لأنه مستقل بالمالية عند تقدير الانفصال، بخلاف اليد من العبد.

فرع: لو اغتصب المشتري المبيع حيث أثبتنا الحبس فلبائع استرداده، فلو أتلفه البائع قبل الاسترداد، ذكر صاحب التقریب قولین:

أحدهما: أنه بالإتلاف قابضٌ ومتلفٌ؛ فيكون كالإتلاف قبل القبض. والثاني: أنه كالأجنبي؛ لوقوعه بعد جريان صورة القبض وقبل عود صورة اليد إليه.

الحكم الثاني للقبض: تسلط المشتري على التصرف

فليس للمشتري بيع ما اشتراه قبل القبض، لنهى رسول الله ﷺ عن بيع ما لم يقبض^(١) فنشأ من الحديث تصرفٌ في ثلاث مراتب:

الأول: فيما يلحق بالبيع من التصرفات:

فكل تمليك بعوض فهو بيعٌ، والعق لا يلحق به، لأن منع البيع إما أن يعلل بضعف

(١) هذا من حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال: [أما الذى نهى عنه النبى ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس: ولا أحسب كل شىء إلا مثله] أخرجه مسلم (ح ١٥٢٥/٢٩) والبخارى (٢١٣٥) وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال: [من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه] زاد إسماعيل: [من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه] كذا أخرجه: البخارى (ح ٢١٣٦) ولفظ ابن عمر الأول أخرجه مسلم (ح ١٥٢٦/٣٢).

والثاني (ح ١٥٢٦/٣٦) وعنده أيضاً (ح ١٥٢٦/٣٥) بلفظ [حتى يستوفيه ويقبضه] وفى الباب عند مسلم أحاديث أخرى باب «بطلان بيع المبيع قبل القبض» كتاب البيوع. وأخرجه أيضاً: أبو داود (البيوع ب ٦٧) والترمذى (١٢٩١) والنسائى (٣٨٥/٧) وابن ماجه (٢٢٢٧، ٢٢٢٦) وأحمد (١، ٣٥٦، ٣٦٨، ٦٣/٢، ٣٩٢/٣) والبيهقى (٣١/٦، ٣١٢/٥) ومالك (٦٤٠) والشافعى فى المسند (١٨٩) والساعى (١٢٤٦) والزيلعى (٣١/٤) وابن حجر فى تلخيص الحبير (١٨٨/٣)، وفتح البارى (٣٤٤٤/٤) والسريرى (٢٨٤٤) والغوى (١٠٦/٨) وابن أبى حاتم فى علل الحديث (١١١١) والألبانى فى إرواء الغليل (١٧٥/٥).

الملك، أو بتوالى الضامنين، ولا تأثير للعتق في العتق.

نعم، لو كان قبل توفية الثمن فهو كعتق المرهون وأولى بالنفوذ؛ لضعف حق الحبس. أما الإجارة ففيها وجهان، إن عللنا بضعف الملك منعناها، وإن عللنا بتوالى الضامنين، فالإجارة لا توجب ضمان العين فلا يتواليان، والتزويج كالإجارة إلا أنه ينقبض، فقد يمنع منه قبل توفية الثمن، وأما الهبة والرهن فيجريان مجرى العتق.

قال صاحب التقريب: رهن ما لا يصح بيعه باطلًا، وهذا لا يصح بيعه فيتجه بطريق الدلالة منعه. وفي الهبة أيضًا وجه: أنه ينزل منزلة هبة المرهون.

المرتبة الثانية: فيما يلحق بيد البائع من الأيدي:

فكل يد ثابتة لمملك عن جهة معاوضة محضة فهي يد بائع، كما في الصرف، والسلم، والتولية، والاشتراك.

وما لا يستند إلى معاوضة، كيد الأمانة، والرهن، والهبة، والعارية، والغصب، والسوم، ويد المشتري في المبيع بعد الانفساخ لا يلحق له؛ لأنه ليس عن معاوضة وتمليك.

ويد تمليك الصداق والبدل في الخلع، والصلح عن دم العمد، يخرج على أنها مضمونة ضمان العقد، أم ضمان اليد؟ فإن فرعنا على ضمان العقد ألحقناه بيد البائع، وإلا فلا.

المرتبة الثالثة: النظر في أنواع المبيع:

وهو منقسم إلى عين ودين:

أما العين: فلا تباع قبل القبض منقولاً كان أو عقاراً، وجوز أبو حنيفة بيع العقار قبل القبض.

وأما الدين: والمثمن منه كالمسلم فيه، والحنطة المبيعة وصفًا في الذمة، فلا يجوز بيعه قبل القبض ولا الاعتياض عنه.

وفي جواز الحوالة في المسلم فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع هو الأصح؛ لأن فيه معنى المعاوضة. والثاني: الجواز؛ تغليباً لمعنى الاستيفاء. والثالث: أنه تجوز الحوالة عليه، فإن لا يتبدل عين المستحق، ولا تحور الحوالة به، فإنه تبدل وتحوّل إلى ذمة أخرى.

أما الثمن: فإن عين فيتين عندنا بالتمين، بخلافها لأبى حنيفة، رحمه الله، وينفسخ العقد عندنا بتلفه، ولكن إذا كان في الذمة، ففي جواز الاستبدال ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع؛ قياساً على المثل. والثاني: الجواز؛ لما روى عن ابن عمر، رضي الله عنهما، أنه قال: كنا نبيع الإبل في زمان رسول الله ﷺ بالدنانير فنأخذ بها الدراهم، وبالدراهم فنأخذ بها الدنانير. فقال، عليه السلام: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما لبس»^(١).

والقائل الأول يحمل الحديث على جريانه في مجلس العقد، فيكون تغييراً للعقد في حالة الجواز.

والثالث: أنه يستبدل أحد النقيدين عن الآخر للحديث، ولا يستبدل سائر الأجناس عنها للقياس، وهذا أعدل، ويتأيد باتحاد مقصود النقدية منهما.

فإن قيل: وبم يتميز الثمن عن المثل؟ قلنا: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا ثمن إلا النقدان. والثاني: أن الثمن ما يتصل به باء الثمنية. والثالث: أن الصفقة إن اشتملت على نقد فهو الثمن، وإلا فما اتصل به باء الثمنية، وهو الأعدل.

فإن قلنا: إنه لا ثمن إلا النقد، فلو قال: بعث هذه الدراهم بالعبد ففي صحة العقد خلافٌ لتغيير نظم العقد، والصحيح الصحة.

وكذلك نقول: الأصح جواز السلم في الدراهم، فإن الشافعي، رضي الله عنه، جعل الثمن كالمثل في التمين بالتمين.

فإن قلنا: حكم الثمنية غير مقصود على النقيدين، فجواز الاستبدال هل يتعدى إلى غير النقيدين؟ فيه وجهان.

ومن يلاحظ الحديث، ومعنى النقدية لم يجوز الاستبدال في غير النقيدين بحال، ولعله الأولى، أما الفلوس إن راجت رواج النقود فالصحيح أنها كالعروض.

(١) الحديث بهذا اللفظ أورده ابن حجر في تلخيص الخبير (٢/٢٥٠ ح ١٢٠٤).

وبلفظ [لا بأس أن تأخذ بسعر يومك ما لم تفترقا] أخرجه الدارمي (٢/٢٥٩).

وبلفظ [لا بأس أن تأخذها بسعر يومها.....] أخرجه أبو داود (٣٣٥٥، ٣٣٥٤) والسنائي

(٧/٢١٨، ٢٨٣) وأحمد (٢/١٣٩) والدارقطني (٣/٢٤) والتبريزي (٢٨٧١) والمتقى في كسر

العمال (٩٧١١).

وبلفظ [لا بأس أن تأخذها بسعر يومها] عند الحاكم (٢/٤٢).

وبلفظ [لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا] الألباني في إرواء الغليل (٥/١٧٣).

فإن قيل: الدين الثابت بالقرض، أو بالإتلاف، أو بسبب غير المعاوضة ما حكمه؟

قلنا: بيعه من غير من عليه الدين فيه قولان، والمنع غير مأخوذ من قاعدة القبض، ولكنه من ضعف الملك لعدم التعيين. ولعل الأصح: المنع، فإنه ليس مالا حاضرا، وإن كان له حكم المال من بعض الوجوه. وإن باعه ممن عليه الدين، فإن استبدل عنه عينا وقبض في المجلس جاز.

وإن استبدل ديناً لم يحز؛ لأنه منطبق على بيع الكالئ بالكالئ وهو منهي عنه، والكالئ هو الدين.

وإن استبدل عينا ولم يقبض في المجلس: فإن جوزنا بيع الدين فلا مأخذ لاشتراط القبض، وإن لم يجوز فلا بد من القبض، إذ يجوز الاستبدال على تقدير كونه استيفاء للمالية، فيختص بمجلس الاستيفاء، إذ الأصل فيه الفعل دون القول.

النظر الثاني: في صورة القبض وكيفيته

والمقبوض إن كان عقارا فمجرد التخلية كاف، إلا إذا كان غائبا ففيه نظر يذكر في الرهن. وأما المنقول هل يكفي فيه التخلية المحردة؟ فيه ثلاثة أوجه:

الأصح: أنه لا بد من النقل؛ لأن الاعتماد فيما نيط باسم القبض على العرف، والعرف يفرق بين المنقول والعقار.

ونقل حرمله قولاً للشافعي، رضى الله عنه: أنه يكفي بالتخلية، وهو منذهب مالك؛ لأن المقصود استيلاء المشتري، وقد حصل.

والثالث: أن التخلية تكفي لنقل الضمان؛ لأنه حق البائع، وقد أدى ما عليه، ولا يكفي التسليم على التصرف فإنه حق المشتري، وقد قصر إذ لم يقبض ولم ينقل، وهذا يعضده أن ركوب الدابة والجلوس على الباسط قد يجعله سبباً لضمان الغصب دون النقل.

التفريع: إذا قلنا: لا بد من النقل، فإن وجد من المشتري فهو الكامل، وذلك بأن ينتقل إلى محل يختص به ولا اختصاص للبائع به.

فلو نقل إلى زاوية من دار البائع فلا يكفي؛ لأن الدار وما فيها في يد البائع إلا أن يأذن البائع في القبض والنقل إليه، فيكون إعادة تلك الزاوية فيحصل القبض. هذا إذا قبض برضا البائع.

فإن أخذه قهراً: إن كان بعد توفية الثمن فهو صحيح، وإن كان قبله وأثبتنا حق الحبس فهو فاسد يصلح لنقل الضمان، وهل يفيد التصرف؟ فيه وجهان.

أما البائع إذا نقله إلى دار المشتري، أو وضعه بين يديه، أو فى حجره أو فى محل قريب منه، والمشتري راض حصل القبض، وإن كان كارهاً فوجهان.

هذا فى منقول بيع جزأفاً، وإن بيع مكايلةً كصبرة الخنطة إذ قال: بعته كل صاع بدرهم، فتمام القبض بالكيل على المشتري، فلو قبضه المشتري ولم يكل فالضمان انتقل إليه، وهل يتسلط على البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يتسلط، وهذا قبضٌ فاسد؛ إذ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري^(١)، إذ من عادة العرب فى المواسم شراء صبرة من الخنطة مكايلةً وبيعها بزيادة ربح مكايلةً، فلا بد من إجراء الصاع قبل البيع حتى يكون الحديث مفيداً، وهو الذى قطع به المحققون والشيخ أبو محمد، إذ مثل هذا النهى لا يحمل إلا على الفساد، ولو حمل على أصل القبض كان إلغاءً لفائدة خصوص هذا الحديث.

والأصح: أنه لو اشترى الطعام مكايلةً وأبقاه فى المكاييل وباعها مكايلةً، ثم صب على المشتري للمشتري جاز، فصورة إجراء الصاع لا يراد لعينه.

ومنهم من قال: لا بد من التفريع أولاً، لينيى صحة البيع الثانى عليه لظاهر الحديث، وهو ضعيف، إذ دوام الكيل فى معنى ابتدائه.

ولما كان قرار العقد موقوفاً على التقابض فى المجلس فى بيع الطعام بالطعام، اختلفوا فى أنه لو باع الخنطة بالشعير مكايلةً وتقاضيا جزأفاً فإن العقد هل يفسخ؟

وهذا مرتب على حكم البيع، وأولى بالألا يستدعى قرار العقد جريان الكيل.

(١) وذلك من حديث جابر قال: [نهى النبى ﷺ عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع، وصاع المشتري] أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨) وابن أبى شيبة (١٩٧/٧) والدارقطنى (٨/٣) والبيهقى (٣١٦/٥): وفى إسناده ابن أبى ليلى، وقال البيهقى: وقد روى من وجه آخر.

قال: الشوكانى (١٦١/٥) وفى الباب عن أبى هريرة عند البزار بإسناد حسن. ١. هـ. ورواه ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء بإسنادين ضعيفين جداً كما قال الحافظ فى تلخيص الحبير (٢٧/٣ ح ١٢٠٧).

فرع: القبض يجري فيه النيابة، ولكن لو قال المستحق الخنطة في ذمته: اكمل على نفسك من صبرتي هذه قدر حقك، ففعل. ففي تعيين حقه به وجهان، من حيث إنه من وجه اتحد القابض والمقبض؛ لأنه مقبض بالإذن وقابض لنفسه، وإنما يسلم ذلك للأب، يقبض لنفسه من طفله، ولطفله من نفسه، كما يسلم له في تولي طرفي البيع. ولو قال لمستحق الدين: اقبض حقك مما لي على فلان، فقبض: لم يصح؛ لأنه لا بد وأن يقبض للمستحق، ثم يقبض لنفسه. فلو قال: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك: صح قبضه له، وفي قبضه لنفسه الوجهان.

ولو ألقى إليه كيساً، وقال: خذ منه قدر حقك: فلا يملك بمجرد الأخذ دون الوزن قطعاً.

وإنما الخلاف بعد الوزن في تعيين حقه، لكونه قابضاً مقبضاً، ولكن هو مضمون عليه لو تلف؛ لأنه أخذه ليملكه فضاهاى أخذ المستام، والكيس ليس مضموناً؛ لأن يده فيه يد الوكيل، ولم يأخذ الكيس ليملكه.

ولو دفع إليه دراهم وقال: اشتر بها قدر حقك لم يصح الشراء إلا أن يقول: اشتريه لي واقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك، فيصح الشراء له والقبض له، وفي قبضه لنفسه الوجهان.

النظر الثالث في وجوب البداية بالقبض

وفيه أربعة أقوال:

أحدها: أنه يجب على البائع البداية بتسليم المبيع؛ لأنه متسلط على التصرف في الثمن؛ فليتسلط المشتري على المبيع.

والثاني: أن البداية بالمشتري؛ لأن حقه متعين فليغير حق البائع، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله. والثالث: أنهما يتساويان، فيحبر كل واحد منهما من غير تقديم. والرابع: أنهما لا يجبران، بل إن تبرع أحدهما بالبدر أجبر الثاني.

التفريع: المشتري إذا بادر قبل القبض وسلم الثمن، فيجب تسليم المبيع، فلو كان آتياً فليس له الاسترداد، بل له القسح إن شاء، والامتداد بعده، وإن علم بإباقه فلا يلزمه تسليم الثمن قولاً واحداً.

وأما البائع إذا بدأ فيحبر المشتري على القبول، ولم يكن كالدين فإنه قد لا يجبر

مستحقه على القبض؛ لأن حقه غير متعين فيه.

فإن أبى ولم يقبض، فتلّف في يد البائع: فهو من ضمانه؛ لدوام صورة اليد. وقال صاحب التقريب: إذا أبى المشتري فلبائع أن يقبض له من نفسه لتصير يده يد أمانة، أو يرفع يده إلى القاضى حتى يودعه عنده، وهو بعيد، وقبض القاضى عنه وإيداعه له أقرب قليلاً.

وإن قبل المشتري وقبض: طوّل بالثمن من ساعته، فإن تحقق إفلاسه ولم يكن له شيء سوى المبيع، أو كان وزادت الديون عليه فلبائع الرجوع إلى عين السلعة.

وإن كان غنيا ولكن ماله غائب: قال الشافعى، رضى الله عنه: يجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته، فإن كان ماله غائباً أشهد على وقف ماله، فإن وفى أطلق الوقف عنه، وهذا حجر غريب يراه الشافعى، من حيث إن البائع على خطر من إنفاقه جميع أمواله واستهلاك الثمن بالإفلاس، فالحجر أقرب من حبسه، أو فسخ البيع أو إهمال الحق.

ومن أصحابنا من قال: لا يحجر عليه، وهذا لتخريجه وجهاً ولكنه مخالف للنص ثم اتفقوا على أنه لا حجر عند إمكان الفسخ بالفلس، فإنه لا حاجة إلى الحجر.

ولكن قال العراقيون: إن كان المال غائباً فوق مسافة القصر فهو كالفلس لأنه عجز فى الحال، وإن كان دون مسافة القصر فوجهان، وإن كان فى البلد فلا فسخ، بل يحجر عليه.

والصحيح: ما قاله ابن سريج من أن الغيبة ليس كالعدم، بل الإعدام يوجب الفسخ، والغيبة توجب الحجر فأما إذا كان فى البلد فلا فسخ ولا حجر بل يطالب به.

القسم الرابع من: كتاب البيع^(١)

فى موجب الألفاظ المطلقة فى البيع

وبيان ما يزداد فيها على موجب اللغة، أو ينقص ويستثنى بحكم اقتران العرف، وهى ثلاثة أقسام:

الأول الألفاظ المطلقة فى العقد

وهى مشهورة، والغرض بيان لفظتين: الأولى: التولية:

(١) فى الأصل «الكتاب».

فإذا اشترى شيئاً، وقال لغيره: وليتك هذا العقد فقال: قبلت، صح البيع بهذا اللفظ، ونزل على ثمن العقد الأول، وهو ملك متحدد يتحدد بسببه حق الشفعة، وتسلم الزوائد للمشتري الأول، أعنى ما حصل قبل التولية.

ولو حط عن الثمن الأول شيء انخط عن الثاني؛ لأن التولية توجب نزوله في الثمن منزلة الأول، حتى لا يطالب إلا بما يطالب الأول، فهو في حق الثمن كالبناء، وفي حق نقل الملك كالابتداء.

ولما عسر الفرق بين هذا وبين سلامة الزوائد والشفعة ذكر القاضى فى المسألتين وجهين، ورد التردد إلى أن هذا ملك بناء؛ أو ابتداء؟ وهو ضعيف، فلا وجه للتردد فى الشفعة والزوائد.

نعم ينقدح وجه: أن الخط لا يلحق، كما لا يلحق الشفع، إلا أن يكون الخط فى مجلس العقد، فإن ذاك فيه خلاف فى حق الشفع أيضاً.

فرع: فى التولية قبل القبض وجهان: ووجه التحويز: الاستمداد من حكم البناء، حتى كان المطرد هو الملك الأول، ويتأيد ذلك بلحق الخط. وفى تولية البائع خلاف مرتب على البيع من البائع الأول وأولى بالصحة.

اللفظ الثانى: الإشراك:

فلو قال: أشركتك فى هذا العقد على المناصفة، كان حكمه حكم التولية فى النصف من غير فرق.

ولو أطلق ولم يذكر المناصفة، وفى الصحة وجهان: أحدهما: المنع؛ لأنه لم يبين المقدار فكان مجهولاً. والثانى: الجواز، وينزل المطلق على التشطير.

القسم الثانى: ما يطلق فى الثمن

وهى ألفاظ المراجعة: فإذا قال: بعته بما اشتريت وربح ده يازده نزل على ما قاله، إن كان ما اشتراه معلوماً للمشتري الثانى.

وكذلك فى صورة التولية يشترط أن يكون ثمن الأول معلوماً للمشتري، فإن لم يعلمه فليقل: بعته بما اشتريت وهو مائة أو وليتك هذا العقد بما اشتريت وهو مائة، فإن لم يذكر: بطل، كما لو قال: بعته بما باع به فلان فرسه.

وفيه وجه: أن هذا يصح؛ لارتباط العقد الأول بالعاقدة وسهولة الاطلاع عليه، ثم

تردد هؤلاء في أنه هل يشترط زوال الجهالة في المجلس؟

أما إذا قال: بعث بما قال على: دخل فيه الثمن وأجرة الدلال والكيال، وكذا البيت الذي تحفظ فيه الأقمشة، وكل ما يعد من خرج التجارة بخلاف قولنا: بعث بما اشتريت، ولو تعاطى الكيل بنفسه، أو كان البيت مملوكاً له: لم يقدر له أجرة.

وكذلك علف الدابة لا يضم إليها، والمحكم العرف، فإن ذلك لا يعد من خرج التجارة عرفاً.

فرعان: أحدهما: إذا اشترى شيئاً بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة ثم قال: بعث بما قال على: فالظاهر: أنه ينزل على العشرة.

وقال ابن سريج: يحسب الربح عليه، فتكون السلعة قد قامت بخمسة فينزل عليها. ولا خلاف في أنه لو كان يدل ربح الخمسة خسران خمسة لم ينزل هذا اللفظ على خمسة عشر، وهذا يضعف توجيه مذهبه.

الثاني: إذا قال: بعث بما اشتريت بحط ده يازده، وكان قد اشترى بمائة وعشرة مثلاً: فالظاهر هو مذهب أبي يوسف وابن أبي ليلى: أنه ينزل على المائة وتحط العشرة؛ فيكون قد حط من كل أحد عشر درهماً واحداً، لتبقى نسبة ده يازده بين الأصل والمحطوط.

وفيه وجه آخر غامض: أنه ينزل على مائة درهم إلا درهماً فيحط عن كل عشرة درهم واحداً، كما كان يزداد على كل عشرة واحداً في ربح ده يازده.

فإن قيل: لو لم يصدق المشتري في قدر الثمن وزاد، أو كان قد طرأ بعد الشراء عيب فلم يذكره، فهل يحط عن الثاني بقدر العيب؟ قلنا: ليعلم أن هذا العقد عقد أمانة؛ فإن المشتري لا يوطن نفسه على ذلك الثمن وعلم أن المشتري لم يسمع بالثمن الذي ذكره البائع، واشترى به إلا تعويلاً على مما كسبه واستقصائه في طلب الغبطة فيرضى لنفسه ما ارتضاه الأول لنفسه، فيجب عليه الإخبار بكل ما طرأ من عيب أو جنابة منقصة للعين كالإحصاء أو للقيمة.

وإن اشترى بأجل وجب ذكره، ولا يجب ذكر الزيادات الحادثة ولا ذكر ما اشترى معه، إذا قوم هذا القدر بمحضته ولا ذكر البائع إذا اشترى من ولده.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يجب ذكر ذلك كله، ولو اشترى بغبن، وهو عالم به، فالأظهر أنه لا يجب ذكره. وفيه وجه: أنه يجب؛ لأن الثاني اعتمد على أنه لا يتحمل

الغب، وهذا القائل يوجب أن يذكر إذا اشترى من ولده الطفل، وكذلك إذا اشترى بدين غير مؤجل؛ ولكن الرجل مطول؛ لأن ذلك سبب احتمال غبن على الجملة.

ثم إن كذب المشتري فزاد في الثمن، أو لم يخبر عما طرأ من العيب، فهل يحط عن الثاني قدر التفاوت؟ فيه قولان: أحدهما: أنه لا يحط؛ لأنه جزم العقد بمائة مثلاً وكذب في قوله: اشتريت به. نعم، له الخيار إن شاء، لتلبسه، فإن أجاز فليجر لكل الثمن.

والثاني: أنه يحط؛ لأنه لم يقتصر على ذكر المائة، بل ربط وقال: بعته بمائة وهو الذي اشتريت به؛ فلا تلزمه المائة.

التفريع: إن قلنا: يحط فقي ثبوت الخيار للمشتري قولان، ووجه الإثبات: أنه ربما يكون له غرض في الشراء بمائة لتحلة قسم، أو وفاء بموعود.

فإن قلنا: له الخيار مع ذلك فأجاز، أو قلنا: لا خيار له، فقي ثبوته للبائع وجهان، ووجه الإثبات: أنه طمع في سلامه المائة له، ولم تسلم. وإن قلنا: لا يحط عن المائة؛ فللمشتري الخيار قطعاً؛ لأنه مظلوم بالتلبس، إلا أن يكون التفاوت من جهة العيب، وكان قد علم طرأ العيب، فيكون راضياً مع ذلك بما اشترى.

فإن هم بالفسخ، فقال البائع: لا تفسخ، فإني أحط لأجلك، فهل يطل خياره؟ فيه وجهان؛ ووجه بقاء الخيار: أنه ربما يكون له غرض في الشراء بالمائة، كما سبق، هذا إذا تبين عطلوه بتذكر المشتري أمراً مشاهداً، أو بقوله: أخطأت إقراراً على نفسه أو بقيام بيته على مقدار ما اشترى به.

فأما إذا قال: تعمدت الكذب، وإنما اشتريت بكذا وكذا: فحكمه ما سبق، ولكن حيث ترددنا ثم في ثبوت الخيار، فهاهنا الإثبات أولى؛ إذ أظهر بقوله خيانتته، وربما يكذب فيما يخبر عنه الآن من البقية أيضاً.

وإن علم المشتري كذبه حالة الشراء فلا خيار له، إلا أن يقول: كنت أظن أنه يحط مع علمي بالنقصان، فقي ثبوت الخيار بهذا الظن وجهان:

هذا إذا كذب بالزيادة، فلو كذب بالنقصان وكان اشترى بمائة، فقال: اشتريت بسبعين: فمبيل الأصحاب هاهنا إلى البطلان؛ لأنه لا بد من الزيادة ولا سبيل إليها، إذ الزيادة لا تلحق الثمن، أما الخط فيلحقه.

وقال الشيخ أبو محمد، رحمه الله: لا فرق بين المسألتين؛ إذ ليست المائة عبارة عن

تسعين، كما ليست التسعون عبارة عن المائة؛ فليطبل في المسألتين، أو ليصح في المسألتين؛ تنزيلاً على الصدق لا على ما كذب به.

وقد حكى صاحب «التقريب» قولاً: أنه يطل العقد في صورة الزيادة أيضاً وما ذكره الشيخ أبو محمد يشير إلى أن الخط ليس بطريق الإبراء، بل هو بطريق تبين نزول العقد عليه ابتداءً. وما ذكره الأصحاب يشير إلى أنه نزل العقد على القدر المسمى، والخط يضاهي حط أرض العيب، وهذا أولى فإنه لا يمنع من الإجازة والرضا بالمائة، ولأنه طرد ذلك في صورة ظهور النقصان بعيب طارئ مع أنه صادق في إخباره عما اشترى به والخلاف في كل واحد.

فرع: إذا ادعى البائع أنه اشترى بزيادة، وكذبه المشتري: فلا يسمع دعوى البائع وبينته؛ لأنه على نقيض قوله السابق، وهل له أن يحلفه على نفى العلم؟ فيه وجهان ينيان على أن يمين الرد كالبينة، أو كإقرار المدعى عليه؟ فإن جعلنا كإقراره فله ذلك على رجاء النكول ورد اليمين ليكون ذلك كالتصديق.

وإن قلنا: كالبينة، فلا. وذكر صاحب التقريب أنه إن قال: غلطت، وذكر وجهاً محتملاً بأن قال: عولت على قول الوكيل، والآن طالعت الجريدة وتذكرت، فله التحليف قطعاً، وهذا متجه حسن، ويجب طرد هذا في قبول دعواه وبينته أيضاً، والله أعلم.

القسم الثالث من الألفاظ

ما يطلق في البيع

وهي في غرضنا ستة ألفاظ:

اللفظ الأول: الأرض

وفي معناها لفظ الساحة، والعروة، والبقعة.

فإن قال: بعثك هذه الأرض: فالنظر في اندراج الشجر والبناء والزروع والدفائن.

فأما الشجر والبناء: فنص الشافعي، رحمه الله، في البيع يدل على الاندراج وفي الرهن يدل على أنه لا يندرج؛ فاختلف الأصحاب على ثلاثة طرق:

الأصح: أنها لا تندرج؛ إذ اللفظ لا يتناولها وضعاً، ولم يكن دعوى عرف مطرد فيه فينزل منزلة التصريح.

وهذا القائل نسب المزني، رضى الله عنه، إلى إخلاف في النقل، وقال: أراد الشافعي، رحمه الله، إذا قال: بعت الأرض بحقوقها.

ومن هؤلاء من قال: ولو قال: بحقوقها أيضاً لم يندرج؛ لأن الحقوق عبارة عن الممر، وبحرى الماء، وأمثاله.

الطريقة الثانية: ذكر قولين بالنقل والتخريج.

والثالثة: الفرق بأن الرهن ضعيف لا يستتبع، بخلاف البيع.

أما الزرع: فلا يندرج قطعاً تحت اسم الأرض؛ لأنه لم يثبت للدوام، بخلاف البناء والشجر.

والبقل له حكم الشجر أعنى أصوله لا ما ظهر منه، فإنه للدوام كالشجر، وقطع الشيخ أبو محمد بأنها كالزرع.

ثم إذا بقى الزرع لصاحب الأرض، ففي صحة بيع الأرض طريقان:

أحدهما: أنه فيه قولان كما في الأرض المكراة إذ تقع المنفعة مستثناة في مدة، ومنهم من قطع بالصحة إذ المانع فيهِ^(١) الإجارة عسر التسليم وهاهنا تسليم الأرض ممكن في الحال، ولعله الأصح، تشبيهاً له بالدار المشحونة بالأمته.

التفريع: إن حكمنا بالصحة: فتسليم الأرض مزروعة هل يوجب إثبات يد المشتري؟ فيه وجهان، ووجه الامتناع: أنه لا يقدر على الانتفاع. ومن الأصحاب من طرد هذا في تسليم الدار المشحونة بالأمته.

ومنهم من فرق؛ إذ التشاغل بالتفريع ثم ممكن في الحال، بخلاف الزرع، ثم المشتري إن لم يعلم بالزرع فله الخيار، فإن أجاز؛ فهل له طلب أجرة تيك المدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا يطالب بأرث العيب عند الإجارة.

والثاني: نعم؛ لأن المنفعة متميزة عما قابله الثمن.

أما الدفائن: فلا تندرج تحت البيع، حتى الحجارة المدفونة؛ إلا أن تكون مركبة في أساس البنيان والجدار، فيندرج حيث يندرج الجدار، وإن كانت الحجارة مخلوقة في الأرض، اندرجت تحت اسم الأرض، ثم المشتري إن كان عالماً باشتغال الأرض على

(١) ما بين علامات التخصيص زيادة ليست في الأصل المعتمد عليه، وأثبتناها من أصل آخر بالمقابلة مع ط/ دار السلام.

الحجارة المدفونة: فلا خيار له وللبائع النقل وإن أضر بالمشتري، ولو أبى فللمشتري إجباره على تفريغ ملكه وإن كان لا يتضرر المشتري ببقائها.

وفيه وجه: أنه إذا لم يتضرر لم يجبره على النقل.

أما إذا كان جاهلاً؛ فإن لم يكن في النقل ضرراً فلا خيار.

وإن كان ضرراً في حصول وهاد في الأرض، وأمكن تسوية الأرض على قرب: فلا خيار أيضاً، كما إذا عرض في السقف عارض قبل القبض يمكن إزالته على قرب.

ويجب تسوية الأرض على البائع، ولا يلزمه أرش النقصان بالحفر، بخلاف هدم الجدار؛ لأن الجدار يتفاوت بناؤه، وإعادته قد لا تماثل الأول، فأما هذا فمن قبيل ذوات الأمثال في المضمونات.

أما إذا تضرر بسبب تعطل المنفعة في مدة، أو كان الحفر يحدث عيباً بأن كان يمنع عروق الأشجار من الانبثاق؛ فله الخيار، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز ففي المطالبة بأجرة المثل بخلاف منشؤه: تمييز الأجرة عن أرض العيب.

وفى طلب أرش النقصان بتعيب الأرض بخلاف منشؤه: أن جناية البائع هل تكون كجناية الأجنبي؟.

فرعان: أحدهما: لو كانت الأرض تتضرر بالنقل دون الترك، وأثبتنا للمشتري الخيار، فقال له البائع: لا أنقل؛ بطل خيار المشتري ولزم تركه أبداً كالنعل على الدابة.

ثم ينظر: فإن قال: وهبت منك الحجارة، وقبل وكان بحيث يقبل الهبة لوجود الشرائط من الرؤية والتسليم وغيره: ملكه المشتري على الظاهر.

وفيه وجهان: أنه لا يملك وإن وجدت الشرائط؛ لأنه ليس متبرعاً، وإنما يتغى به نفى الخيار فحقيقته إعراض.

وفيه وجه آخر: أنه يملك وإن لم توجد شرائط الهبة؛ لأنه كالمستفاد ضمناً وتبعاً^(١) وليس مقصوداً؛ فيحصل للضرورة. وأما إذا قال: تركت الحجارة، فالظاهر: أنه لا يملك بهذا اللفظ، بل هو إعراض.

وفيه وجه: أنه يجعل تملكاً؛ لأنه فات به حق الخيار؛ فليحصل في مقابله ملكٌ وهذا التفصيل يجري في مسألة النعل، وإن لم نذكره.

(١) في الأصل «ومعاً» وأثبتنا الصواب من أصول أخرى، وطبعة دار السلام.

الثاني: إذا كان في الأرض حجارة حلقية تمنع عروق الأشجار من الانبثاث، فهل يكون هذا عيباً مثبتاً للخيار؟ فيه وجهان: وجه المنع: أن الانتفاع بالبناء ممكن، فإن تعذر الغراس؛ فهذا فوات كمال المقاصد، فلا يعد عيباً مذموماً منقصاً. وعندى: أن هذا يختلف باختلاف المواضع والمقصود في الاعتقاد.

اللفظ الثاني: الباغ

وفى معناه: البستان والكرم، ويندرج تحتها الأشجار والقضبان، وفى اندراج العريش، الذى توضع عليه القضبان تحت لفظ الكرم، تردد للشيوخ أبى محمد والأصح: الاندراج؛ للعرف.

ولو كان فى طرف البستان بناءً ففى اندراجه تحت مطلق الاسم خلاف كما فى اسم الأرض.

وأما اسم القرية والدسكرة^(١): يستتبع الأبنية والأشجار جميعاً، لأن العبارة موضوعة لها، وكل ذلك لا يستتبع الزرع الظاهر، ولا البذر وإن كان كامناً، إلا أصول البقل كما سبق.

واللفظ الثالث: الدار

ولا يندرج تحتها المنقولات، كالرفوف المنقولة، والسلاليم، والسرر والحاصل من ماء البئر منقول لا يندرج، وقيل: إنه يندرج كالثمار التى لم تؤبر، والنفط الحاصل من المعدن لا يندرج.

واستثنى صاحب التلخيص عن المنقولات مفتاح باب الدار، فإنه مدرج تبعاً للمغاليق، ونوزع فيه، وما ذكره أولى.

وأما الثوابت، وهو ما أثبت للدوام من تنمة الدار، كالأبنية، والأبواب، والمغاليق وما عليها من السلاسل والضباب: فيندرج، وكذا المراقى الثابتة من الآجر والرفوف المثبتة من نفس البناء، وحمام الدار إن كان لا يستقل دون الدار: اندرج، وإن استقل: فهو من الدار كالبناء من البستان.

وترددوا فى ثلاثة أمور: أحدها: الأشجار. وفيها ثلاثة أوجه: أحدها: أنها لا تندرج

(١) [الدُسْكُرَة]: الأرض المستوية، والدسكرة: بناء كالقصر حوله بيوت للأعاجم فيها الشراب والملاهى (معرب). والدسكرة: القرية العظيمة. جمع: دساكر. انظر: المعجم الوسيط (٢٨٣/١).

تحت اسم الدار؛ فإنها ليست من أجزاء الدار. والثاني: أنها تدرج؛ لأن الدار قد تشمل على الأشجار.

والثالث: وهو الأعدل: أنه إن كان بحيث يمكن تسمية الدار بستاناً لم تدرج تحت اسم الدار، وإلا يدرج.

الثاني: حجر الرحي، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يتبع؛ لأنه مثبت للبقاء.

والثاني: لا؛ لأنه ليس من مرافق الدار، وإنما أثبت لتيسير الانتفاع. والثالث: أن الأسفل يدرج دون الأعلى، ولا خلاف في اندراجها تحت اسم الطاحونة.

الثالث: الإحانات المثبتة للصبيغ: تنزل منزلة الحجر الأسفل من الرحي، إلا إذا باع باسم المدبغة أو المصبغة، والسلاليم والرفوق المثبتة بالمسامير في معنى الإحانات.

اللفظ الرابع: اسم العبد

في بيع العبد لا يتناول مال العبد، وإن قلنا: إنه يملك بالتملك، وفي ثيابه التي عليه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لقصور اللفظ مع أن الثوب ليس جزءاً منه. والثاني: نعم؛ لقضاء العرف به. والثالث: أنه يدخل ما يستر به العورة دون غيره.

ولعل العذار من الفرس، كساتر العورة من العبد، لأن للعرف فيه حكماً ظاهراً.

اللفظ الخامس: الشجر

وهو في جانب العلو يتناول الأغصان والأوراق، وكذا^(١) ورق الفرساد، إلا على رأى بعض الأصحاب في تشبيهها بالثمار المؤيرة.

وفي جانب السفلى: يتناول العروق، ويوجب استحقاق الإبقاء في أرض البائع؛ فيصير المغرس مستحقاً للإبقاء، وهل نقول: إنه صار ملكاً؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم. لأنه استحق إبقاؤه فيها على التأييد واللزوم؛ فلا يمكن أن يجعل إعارة ولا إحارة؛ فلا بد وأن يجعل ملكاً تابعاً.

والثاني: وهو الأصح: أنه لا يملك، إذ اللفظ قاصر عنه، والمغرس أصل فكيف يكون تبعاً؟ نعم، استحق الإبقاء على العادة، كما يستحق إبقاء الثمار على الأشجار على العادة

(١) في الأصل «ولذا» وما أثبتناه من أصل آخر هو الصواب.

من غير ملك الأشجار، ومن غير تقدير إعاره وإجارة، هذا إذا لم يكن على الأشجار ثماراً، فإن أثمرت وكانت الثمار غير مؤبرة: دخل في العقد، كما يدخل الحمل من الجارية في البيع بلفظ الجارية، لاجتماعه بجزء منها.

وإن كانت مؤبرة: بقيت على ملك البائع لقول رسول الله ﷺ: «ومن باع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع»^(١).

وأبو حنيفة، رحمه الله، لما أنكر القول بالمفهوم حكم بأن غير المؤبرة أيضاً تبقى على ملك البائع، فإنه ليس جزءاً من نفس الشجرة.

والمراد بالتأثير: أن يتشقق الكمام حتى تبدو عناقيد الثمر من الطلع، ومناطق انقطاع التبعية ظهور الثمار، فليلحق به الظهور في كل ما يظهر في ابتداء الوجود، كالتين.

وكذلك ما يبدو بالتشقق كالورد يتشقق كمامه، وكالمشمش والخوخ إذا تشققت أنوارها وتصلبت الحبات، وما دامت لا تنعقد ثمرة لصغرها تندرج تحت البيع.

والأصح: أن القشرة العليا على الجوز ليس سائرًا. وإن كان أكمة الفحول قبل التشقق تندرج تحت البيع كالإناث.

فإن قيل: كيف يشترط البدو في كل عقود وثمره للحكم بالبقاء على ملك البائع؟

قلنا: لما عسر ذلك أقام الفقهاء وقت التأخير مقام التأخير، حتى إذا تأخرت واحدة صارت وغير المؤبرة تابعة للمؤبرة في البقاء على المالك، هذا بشرط أن يكون المؤبر وغير المؤبر في البقاء متحد النوع، ودخلاً تحت صفقة واحدة.

ولو وجد اتحاد النوع ولكن اقتصر العقد على غير مؤبر، أو شملها العقد ولكن اختلف النوع، فوجهان:

أحدهما: أنه لا اتباع؛ لأن التفصيل لا عسر فيه مع هذا الاختلاف.

والثاني: الاتباع؛ حسماً للباب، فإن النوع الواحد أيضاً قد يتفاوت ويهون تفصيله في بعض الصور.

(١) الحديث له ألفاظ كثيرة كلها بلفظ الجمع «وخلأه» منها: عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً [من باع نخلاً قد أثرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع] أخرجه البخاري (ح ٢٢٠٤) وانظر ح ٢٢٠٣، ٢٢٠٥، ٢٢٠٦، ٢٢٠٧ وأخرجه مسلم (١٥٤٣) وأحمد (٨٢٠٦٣، ٦/٢) وابن أبي شيبة (١٣٣/٧) والشافعي في المسند (١٢٨٨) والبيهقي (٢٩٧: ٣٢٤/٥) ومالك (٦١٧) والبخاري (١٠١/٨) والساعاتي (١٢٨٨).

وشرط أبو على بن أبي هريرة شرطاً ثالثاً، وهو: أن تكون التي لم تؤبر مطلعة حتى تبقى تبعاً للمؤبرة. وخالفه كافة الأصحاب، وهو قريب من اختلاف النوع، وبين الفحول والإناث اختلاف نوع.

فإن قيل: فإذا بقيت على ملكه، فهل يجب القطع في الحال تفريعاً للأشجار؟ وإن لم يجب، فكيف يفرض القيام بسقى الثمار والأشجار.

قلنا: الإبقاء مستحق للبائع إلى أوان القطاف، وهذا موجب العرف. لا كتفريع السدار عن الأقمشة. فإن ذلك مما يقتضيه العرف أيضاً فلم يجز الإبقاء، بل هذا كالزرع، وقد ذكرنا أن الإبقاء مستحق فيه. ثم من يحتاج إلى السقى: فله أن يستقل به إذا لم يضر بالآخر، ولم يكن للآخر منعه.

ولو كان السقى يضر بواحد، وتركه يضر بالآخر، وتنازعا، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المشتري أولى بالإجابة: إذ التزم له البائع سلامة الأشجار. والثاني: البائع أولى، فإنه استحق إبقاء الثمار. والثالث: أنهما يتساويان، فإن اصطلاحاً فذاك، وإلا فقد تعذر إمضاء العقد فينفسخ.

فروع ثلاثة: الأول: إذا كانت الثمار لو سقيت لم ينضر، ولو تركت تضررت الأشجار بامتصاصها رطوبتها، فعلى البائع السقى أو القطع. فإن لم يجد ماء ففي تكليفه القطع وجهان.

الثاني: لو كان السقى يضر بجانبه، وتركه يمنع حصول زيادة في الجانب الآخر فقوت الزيادة هل يلحق بالضرر حتى يتقابل الجانبان؟ فيه وجهان.

الثالث: لو أصابت الثمار آفة، ولم يكن في تبقيتها فائدة، فهل يجب الآن تفريع الأشجار؟ ذكر صاحب التقریب قولين. وهذه التوجيهات بينة، وتعارض الاحتمالات ظاهراً.

اللفظ السادس: أسامي الثمار

ومطلق بيعها استحقاق الإبقاء إلى أوان القطاف، وإن لم يصرح به؛ لعموم العرف، إذ القرينة العرفية كاللفظية ولذلك نزل العرف في المنازل وآلات الدابة في باب الإجارة منزلة التصريح.

ولو جرى عرفاً بقطع العنب حصراً، لأنه لا تنامي نهايته أو جرى العرف بالانتفاع بالمرهون من المرتهن: فقد منع القفال المسألتين، وقال: هو كالنصریح، وخالفه

غيره لأن المتبع هاهنا هو العرف العام، لا عرف أقوام على الخصوص^(١).

وهذا يلتفت على ما لو اصطلاح العاقدان في النكاح على أن يعبروا بالألفين عن ألف تخيلاً لكثرة المهر أن اللازم الألف أم الألفان؟ لأن مثاره أن الاصطلاح الخاص هل يلتحق بالاصطلاح العام في اللغات وكذا في العرف؟

ثم لا بد من التنبيه لثلاث شرائط في بيع الثمار:

الشرط الأول: أنه لا بد من شرط القطع إن بيع قبل بدو الصلاح، فإن شرط التبقية: بطل، ولو أطلق لكان كشرط التبقية. خلافاً لأبي حنيفة في المسألتين.

والمعتمد: ما روى: وأنه عليه السلام، نهى عن بيع الثمار حتى تزهى^(٢)، ويروى «حتى تنجو من العاهة».

وسببه: أن التسليم لا يتم إلا بالقطاف، والجوائح غالباً في الابتداء؛ فلم تكن القدرة على التسليم موثوقاً بها.

ومنهم من علل تضرر الأشجار بكثرة امتصاص الثمار رطوبتها في الابتداء. وهو فاسد على ما تبين فساده في التفريع.

وإذا شرط القطع: صح، ولم يدرج تحت النهي؛ لفقد العلة وتخصيص النهي بما يعتاد، أما القطع قبل بدو الصلاح فغير معتاد، وكذلك لو اشترى البطيخ قبل بدو الصلاح لا بد من شرط القطع، وإن اشترى مع أصوله؛ إذ لا ثبات لأصوله، وهو مع الأصول متعرض للآفات، ولو باع الثمار مع الأشجار لم يشترط القطع؛ لفقد العلة، إذ تم التسليم بتسليم

(١) الفرق بين العرف العام، والعرف الخاص: هو أن الأول فيه ألفاظ وضعت في العرف الجاري بين كل الناس لا بين طائفة معينة كاستعمال لفظ الدابة في ذوات الأربع. أما العرف الخاص فهو استعمال شيء أو لفظ بين طائفة معينة، كاستعمال لفظ «النصب» بين النحويين فهي عندهم علامة من علامات الإعراب، أما بين القانونيين فهي جريمة يعاقب عليها القانون.

(٢) اللفظ الأول الذي أورده المصنف [حتى تزهى] أخرجه النسائي (٢٦٤/٧)، وابن أبي شبة (٥١١/٦) وابن عبد البر في التمهيد (١٩٠/٢) والشافعي في المسند (١٤٣)، وأبو نعيم في الحلية (٣٤٠/٦).

أما اللفظ الثاني [حتى تنجو من العاهة] أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (١٩١/٢)، والشافعي في المسند (١٤٣)، وشرح معاني الآثار (٢٣، ٤) وللحديث ألفاظ أخر وشواهد في الصحيحين ففي البخاري ح (٢١٩٩، ٢١٩٣) ومسلم (١١٦٥/٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥)، وفي مسنن أبي داود (٣٣٦٨) والترمذي (١٢٢٦، ١٢٢٧) والنسائي (٤٥٢٦) وابن ماجه (٢٢١٧) وانظر تلخيص الحبير لابن حجر (١١٧٩).

الأشجار وأمن من العامة. فوزانه أن يبيع البطيخ مع الأرض.

والأصح: أن الثمار لو كانت لغير من له الأشجار، فاشتراها صاحب الأشجار لا يشترط القطع لفقد العلة، وحصول تمام التسليم. وفيه وجه للنظر إلى عموم النهى وهو بعيد، إذ لو شرطه لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجار نفسه.

وكذلك لو باع الأشجار وبقيت الثمار على ملكه، فلا يشترط القطع وإن انقسم الملك؛ لأن المبيع هو الشجر وهو آمن من العامة، والثمر مملوكٌ بحكم الدوام فلا ينقطع بالتعرض للعامة.

نعم، لو كانت الثمار بحيث تندرج لو أطلق العقد، فاستثنائها فالبقاء على هذا الوجه ملحقٌ باختلاف المبتدأ، أو بالاستدامة؟ فيه خلافٌ للأصحاب.

ثم اتفق الأصحاب على أن بدو الصلاح كافٍ في البعض لسقوط هذا الشرط؛ إقامة لوقت الصلاح مقام نفسه؛ دفعاً للمعسر، كما في التأبير. هذا بشرط اتحاد البستان وشمول الصفقة واتحاد الملك، فإن اختلف البستان أو الملك أو تعددت الصفقة ففي كل ذلك وجهان بعد الاتفاق على اشتراط اتحاد الجنس، وأما النوع فهو كما سبق في التأبير، فميل العراقيين إلى مراعاة اتحاد البستان، ولم يتعرض الأصحاب للبستان في التأبير، نعم ثم المراد ببداي الصلاح في الثمار: بأن يطيب أكلها، وذلك في البطيخ لظهور مبادئ الخلاوة، وفي العنب الأبيض بالتموه، وفي غيره بالتلون، وفي الزرع بزوال الخضرة.

وأما البقل فإن بيع مع الأصول فلا يشترط القطع، فإنه لا يتعرض لعامة، وإن بيع دون الأصول نزل على القطع، فإنه يحذر من التأخير النمو، واختلاط ما دخل تحت العقد بما لم يدخل.

الشرط الثاني: أن تكون الثمار قد انكشفت من أكمتها، على قول بطلان بيع الغائب، إلا ما في إبقائه فيه صلاح، كالرمان.

واختلفوا في الباقلاء والجوز أن إبقائه في القشرة العليا، هل فيه صلاح؟ والظاهر في الباقلاء أنه صلاح، وقد صح أن الشافعي، رضي الله عنه، أمر بأن يشتري له الباقلاء الرطب.

وأما الخنطة في سنبلها والأرز في القشرة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن فيه صلاحًا. والثاني: أنه لا صلاح. والثالث: أن صلاح الأرض فيه دون صلاح الحنطة.

وأما الشعير، فهو بادئ الحب من السنابل، فيحوز بيعه.

وقد ذكرنا أحكام بيع الغائب، والذي نزيده قطع بعض الأصحاب ببطلان بيع الذهب في تراب المعدن. ولا يستقيم ذلك إلا بالتفريع على إبطال بيع الغائب، إذ لو باعه في الكم لجاز، فما الفرق بينه وبين التراب؟ ولو بيع اللحم في الجلد قبل السلخ مع الجلد فهو خارج على بيع الغائب، وقد نقلنا في بابهِ عن الشيخ أبي علي القطع بالبطلان أيضًا، والأظهر ما نقلناه الآن.

الشرط الثالث: أن يحذر بيع الربا^(١) فلا تباع الثمار بمنسها، فإن باع الحنطة في سنبليها بالحنطة فهي المحاقلة^(٢)، وقد نهى، عليه السلام، عنها وهي مشتقة من الحقل، وهي ساحة يزرع فيها، سمي الزرع بها للاتصال.

ولو باع الرطب بالتمر فهو باطل، وهي المزابنة المنهى عنها وهو مشتق من الزبن، وهو الدفع، لأن هذه المعاملة في الغالب تفضي إلى المدافعة والمنازعة.

وقد استثنى عنها العرايا، وهي بيع الرطب خرصًا بمثل ما يرجع إليه الرطب عند التمر من التمر فيما دون خمسة أوسق. لما روى زيد بن ثابت أن محابج الأنصار جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا: إن الرطب ليأتينا وفي أيدينا فضول قوت، فأرخص لهم في العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق، والشك من الراوى^(٣). ووجه الخروج عن قياس الربا: إقامة الخرص مقام الكيل.

وقد وردت الرخصة مقيدة بأربعة قيود، يتطرق النظر إلى جملتها:

(١) في الأصل (عن الربو) والمثبت من ط دار السلام بالمقابلة بأصل آخر.

(٢) ورد هذا النهي في أحاديث مرفوعة عن أبي سعيد وابن عباس رضي الله عنهما وغيرهما فعن ابن عباس [نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة] أخرجه البخاري (٢١٨٧) وحديث أبي سعيد (٢١٨٦) وأخرج غوهما مسلم (١٥٣٩) وأبو داود (٣٤٠٠، ٣٤٠٤) والترمذي (١٢٢٤، ١٣٠٠) والنسائي (٤٥٢٣، ٤٥٣٥، ٤٥٢٤) وابن ماجه (٢٢٦٦، ٢٢٦٧) وابن حجر في تلخيص الخبير (١٢١٣).

(٣) الحديث أخرجه البخاري (٢١٩٠) ومسلم (١١٦٨/٣، ١١٧١)، وأبو داود (٣٣٦٢، ٣٣٦٤) والترمذي (١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢) والنسائي (٤٥٤٠، ٤٥٤١) وابن ماجه (٢٢٦٨، ٢٢٦٩).

الأول: التقدير: فلا زيادة على خمسة أوسق، وفي خمسة أوسق قولان، لتردد الرواية، منهم من يرجح جانب المنع إلا ييقن، ومنهم يرجح جانب الجواز وتقدير الخرص أصلاً، إلا في محل تيقنا فيه المنع.

وقد يتخيل أن الغالب تقدير خمسة أوسق للجواز فيه، لا لربط الجواز بقدر دونه، وعلى هذا لو اشترى، في صفقات، ألف وسق فلا حجر، وإنما الحجر في صفقة واحدة.

ولو اشترى رجلان من واحد تسعة أوسق من الرطب: جاز قطعاً؛ إذ لم يدخل في ملك أحدهما إلا ما دون القدر. وإن اشترى رجل من رجلين فوجهان:

ووجه الفرق مشير إلى أن الالتفات على جانب من يدخل الرطب في ملكه، لأن الرطب خرج التقدير فيه بالخرص عن القياس.

ولم يبين الأصحاب ذلك على تعدد حكم الصفقة بتعدد البائع والمشتري؛ لما نبهنا عليه من قبل، مع أن الربا يتعلق بجانب التمر والرطب جميعاً.

الثاني: أن العنب في معنى الرطب، وسائر الثمار تبني على جريان الخرص فيها. وفيه قولان مذكوران في الزكاة.

الثالث: أنه ورد في بيع الرطب بالتمر، فلو باع الرطب بالرطب ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: المنع؛ اتباعاً للقيّد، والتفاتاً إلى غرض التفكه والحاجة إليه.

والثاني: الجواز إذ قد يختلف الغرض باختلاف الرطب، والثالث: إن كان أحدهما موضوعاً على الأرض: جاز ليستبقى الباقي للتفكه والرطوبة، وإن كان على الشجر فلا.

الرابع: أنه ورد في المحاويع، فمن يرى الخرص أصلاً، يلحق الأغنياء به، ومن لا يراه أصلاً تردّد؛ ولأن الرخص لا تقصر بعد مهدها على أربابها.

والآن، فبعد معرفة شرائط صحة البيع لابد من معرفة أحكام الطوارئ على الثمار قبل القطاف، من الاحتياح والاختلاط.

أما الاختلاط: فبالتلاحق، وذلك إن كان مما يغلب فالبيع باطل، وإن كان بعد بدو الصلاح؛ لأن ذلك يعسر به التسليم أيضاً، كوقوع الجوائح.

وذكر العراقيون وجهاً: أنه موقوف؛ لأن هذا العسر يمكن دفعه بهبة البائع ثماره، فإن لم يهب: حكمنا بالبطلان، أما إذا كان التلاحق نادراً: حكم في الحال بالصحة، فإن

اتفق التلاحق قبل تسليم الأشجار، ففى الانفساخ قولان:

أحدهما: ينفسخ؛ لو قوع اليأس عن التسليم، فهو كما لو وقعت درة فى لجة بحر قبل التسليم.

والثانى: لا؛ لأن دفع هذا العسر بهبة الثمار الجديدة مقدور للبائع، وعلى هذا فله الخيار إن لم يهب، وإن وهب بطل خياره كما ذكرنا فى هبة الأحجار فى الأرض، والنعل فى الدابة، وحكم التملك والإعراض على ما سبق.

وذكر صاحب التقريب قولاً آخر: أنه لا خيار له ولا انفساخ، ولكنهما ملكان اختلطاً، فصار كصبرة حنطة.

الثالث: على حنطة الغير وهو بعيد لأنه أورث عسر التسليم فى مبيع هاهنا، فلو فرض ذلك فى حنطة مبيعة اطرد الخلاف. وهذا إذا كان قبل القبض. فإن تلاحق بعد القبض فهو مبنى على أن الجوائح من ضمان من؟ فإن قلنا: من ضمان البائع، كان كما قبل القبض، وإلا فيتفاضلان بالخصومة أو الاصطلاح، وكذلك إذا باع الأشجار وبقيت له الثمار فتلاحقت فلا فسح، فإن الثمار الجديدة ليست مبيعاً ولا مختلطاً بالمبيع. والمزنى نقل تردد القولين فى هذه الصورة، واتفق المحققون على ثنطته. ومنهم من صوبه وجعل الثمار المملوكة ملك الشجر المبيع كالبيع، وهو ضعيف. فإن قيل: وكيف نفصل الخصومة؟ قلنا: يدعى أحدهما مقداراً وينكر الآخر، ففى قدر الإنكار القول قول صاحب اليد، وهذا فى الحنطة.

وأما فى الثمار على الشجر، فإن قلنا: إنه من ضمان البائع فهو فى يده، وإن قلنا من ضمان المشتري فهو فى يده. وقيل: إنه فى يدهما؛ لأن بائع الثمار له مداخلة بوجوب السقى عليه والمشتري صاحب اليد حساً.

العارض الثانى: الاجتياح:

فإن وقع قبل تسليم الثمار بتسليم الأشجار: فهو فى ضمان البائع، وإن كان بعد التسليم فالمنصوص حديثاً: أنه من ضمان المشتري؛ لأنه تسلط على التصرف بإثبات اليد.

والقول القديم: أنه من ضمان البائع؛ إذ لا خلاف أن السقى واجب على البائع لتنمية الثمار وتربيتها، فكانه فى عهدة التسليم إلى القطاف.

وقد نقل في بعض الروايات، والأمر بوضع الجوائح، ولكن قال الراوى: كان قبله كلامٌ فنسيته.

فقال الشافعى، رضى الله عنه، فى الجديد: لعله كان قبله ما يدل على استحباب الوضع.

واختلفوا فى أن القول القديم هل يجرى فى الفوات بأفة السرقة وما ليس من الجوائح السماوية؟ وعلى الصحيح الجديد: لو فسدت الثمار بترك السقى وتعيبت فللمشتري الخيار قطعاً؛ لأن السقى واجبٌ بحكم العقد واقتضاء العرف. ولو فات الكل بترك السقى ففي الانفساخ طريقان كما فى موت العبد المريض بممرض قبل القبض؛ لأن الثمار، لضعف البنية قبل القبض، متعرضة للفساد بعده إن لم تعالج بالسقى.

فإن قلنا: لا يفسخ فله الخيار، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز فيطالب بالمثل أو القيمة، لأن الإلتلاف من جهته.

وإن كان قد تعيب، ففي المطالبة بالأرض وجهان نهنا على نظيرهما فى الاستحجار.

القسم الخامس من كتاب البيع

وفيه بابان:

الباب الأول: فى مداينة العبد

والنظر فيه فى المأذون وغير المأذون.

أما المأذون: فالنظر فيه فى ثلاثة أمور:

الأول: فيما يجوز له من التصرفات

وليس للعبد المأذون فى التجارة أن يؤاجر نفسه، ولا أن يأذن عبداً من عبيده فى التجارة، وإن كان يوكل فى آحاد التصرفات ولا أن يتخذ دعوة للمجهزين، ولا أن يعامل سيده بالبيع والشراء، ولا أن يتصرف فيما يكتسبه بالاحتطاب والاحتشاش، ولا أن يتعدى جنساً من التصرف الذى عين له، ولا يشتري من يعتق على سيده؛ لأن العبد متصرفٌ للسيد بتفويضه، فيقتصر على موجب الإذن، والإذن بمطلقه لا يدل على جميع ذلك.

ولما رأى أبو حنيفة، رحمه الله، أن العبد متصرفٌ لنفسه واستدل على ذلك بتعلق العهدة به، خالفنا فى جميع المسائل.

واختلف أصحابنا في إجارة عبده ودوابه من حيث إن ذلك مما قد يعتاده التاجر أحياناً بخلاف إجارة نفسه.

وكذلك لو أبق المأذون لم يتعزل، ولو رأى السيد عبده يتصرف فسكت لم يكن سكوته إذناً في التصرفات. وإذا ركبته الديون لم يزل ملك السيد عما في يده، ولو أقر في المعاملة بدين لأبيه وابنه قبل، ولو أذن لعبده في أن يأذن لعبده في التجارة ففعل: جاز وفاقاً.

ولو حجر على الأول استمر على الثاني، ولو حجر على الثاني جاز. وخالف أبو حنيفة، رحمه الله، في الكل، وشرط في الحجر على العبد الثاني، أعني مأذون المأذون، أن يأخذ ما في يده لينفذ عزله.

فإن قيل: وبم يعلم المعامل كون العبد مأذوناً؟ قلنا: بسماع إذن السيد أو بيينة عادلة. وفي حواز اعتماد الشيوع وجهان، ولا يكتفى بمجرد قول العبد خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله، فإنه رآه عاقداً لنفسه فاكتمى بقوله، ومن عرف كونه مأذوناً وأقر به فله أن يمتنع عن تسليم عوض ما اشتراه منه إليه، احترازاً من إنكار السيد، إلى أن تقوم بيينة على كونه مأذوناً.

وكذلك المقر بالوكالة في استيفاء الحق له الامتناع عن التسليم إلى إقامة البيينة، ولو قال العبد: حجر على السيد، وقال السيد: لم أحجر، فالصحيح: أنه لا تجوز معاملته، فإنه يباشر صورة العقد. وفيه وجه: أنه يجوز نظراً إلى جانب السيد، وهو مذهب أبى حنيفة.

النظر الثاني: في لزوم العهدة

وما لزم العبد من أثمان وما اشتراه أقر به، فهو مطالب به قطعاً. وفيه وجه لا يعتد به: أنه لا يطالب.

أما السيد: ففي مطالبته وتعلقه بذمته ثلاثة أوجه:

الأظهر: أنه يطالب؛ لأنه وقع العقد له، والعبد طوّل لأنه مباشر للعقد.

والثاني: لا؛ لأنه قصر أطماع المعاملين على ما سلمه إلى العبد المأذون، ومثل هذا الخلاف جار في رب المال مع العامل في القراض، ومنهم من طرده في الوكيل، إذا سلم إليه ألفاً معين.

والثالث: أنه لا يطالب، إن كان في يد العبد وفي به، وإلا فيطالب.

فإن قيل: قطعتم بمطالبة العبد، وهذا يدل على أن العقد واقع له. قلنا: قد اختلف أصحابنا في الوكيل إذا اشترى لا بصيغة السفارة، في أنه هل يطالب مع القطع بأنه وكيل؟

ووجه الفرق: أن العبد وإن كان وكيلاً فهو مأمور، وأمر السيد نافذ عليه وله أن يعرضه لمطالبات لا يتضرر بها، وليس له أن يعرض الوكيل للمطالبة، ولما وجب عليه أداء الدين مما في يده بحكم الأمر كانت المطالبة من ضرورته ثم استقل حتى طوّل به بعد العتق.

وفي رجوعه بما يفرم وجهان، ووجه المنع: أنه في حالة الرق قد علقه السيد بإكسابه، حتى يلزمه الاكتساب لقضاء الدين؛ فبقى ذلك كالمستثنى عن العتق، وهو مثل الخلاف في أنه لو أجره ثم اعتقه فعمل بعد العتق، هل يرجع بالأجرة؟

فروع: إذا سلم إلى العبد ألفاً ليتحرر فيه، فاشترى بعينه شيئاً، فتلف قبل التسليم: انفسخ العقد، وإن اشترى في الذمة، ففي الانفساخ ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ينفسخ؛ لأن الإذن محصور فيه وقد فات، وهو اختيار القفال. والثاني: لا ينفسخ، ويجب على السيد ألفاً آخر؛ خروجاً من عهده ما جرى بإذنه. والثالث: أن السيد يتخير بين النسخ وبين تسليم ألف آخر. وهو اختيار الشيخ أبي محمد. وهو قريب، ومثل هذا الخلاف جار فيما إذا سلم إلى عامل القراض، فتلف.

التفريع: إذا قلنا: لا ينفسخ، فأدى إليه السيد الألف، فلو ارتفع العقد بسبب وعاد الألف إلى العبد، فهل يتصرف فيه؟ أم يفتقر إلى إذن جديد؟ فيه وجهان: فمنهم من قال: هو جبر للأول، فنزل منزلة الألف الأول فيتصرف فيه، ومنهم من قال: لم يجز فيه صريح إذن.

ومثل هذا الخلاف جار في القراض، في أن رأس المال بمجموع الألفين أو هو ألف واحد؟

النظر الثالث: في المال الذي تقضى منه ديون التجارة

ولا يتعلق عندنا برقبته خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، ولكن إذا ركبته الديون تتعلق ببضاعته ديون الربح ورأس المال، ولا يتعلق بسائر أموال السيد، وفي تعلقه بإكساب العبد من الاحتطاب والاحتشاش، أو ما يسلم إليه من مال آخر بعد المعاملة للتجار وجهان: أحدهما: أنه لا يتعلق به. بخلاف لوازم النكاح؛ لأن المأذون في النكاح مأذون

فى الأداء، ولا محل للأداء سوى إكسابه، وأما هاهنا فالمال هو المرصد له، فالإذن لا يدل على التعلق إلا به ولذلك لم يعلقه برقبته.

والثانى: أنه يتعلق به، ويستكسب فيه إن لم يبق شيء من المال؛ لأن السيد نزله منزلة الأحرار المستقلين؛ فيطعم فيه كما يطعم فى الأحرار فليعلق بكسبه.

وعلى هذا الخلاف ينبغي أن يبنى رجوع العبد بما يغرمه بعد العتق على السيد؛ لأنه إن لم يتعلق بكسبه فى الحال، فلا وجه لقطع رجوعه.

فرع: لو باع قبل قضاء الديون، وقلنا: لا يتعلق بكسبه فلا خيار للمشتري، إذ لا ضرر عليه من تعلقه بدمته.

وإن قلنا: يتعلق بكسبه فله الخيار، لأنه تبقى إكسابه مستحقة كما فى العبد الناكح إذا بيع.

القسم الثانى من الباب فى غير المأذون:

وكل ما يجر ضرراً على المالك لا يملكه قطعاً كالنكاح، والمأذون فى التجارة أيضاً لا يملكه؛ لأنه ليس من التجارة.

وإن كان يمكن أن يقال: ينعقد للسيد الاعتراض؛ ولكن قطعوا بأنه لا ينعقد إذ يستحيل أن يتخلف الحل عن النكاح، وفى التحليل تسليط وإضرار ناجز، وفى هبته وقبوله الوصية وجهان، والقياس هو الجواز. ووجه المنع: أنه جلب ملك إلى السيد فى جهة مقصودة قابلة للرد بغير إذنه، احترازاً عن الاحتطاب والاصطياد؛ فإنه فعل لا يقبل الرد، وعن عوض خلعه زوجته فإنه غير مقصود.

وفى ضمانه وجهان: ووجه المنع: أنه التزام ممن لا يتصور منه فى الحال التشاغل به لمانع ناجز بخلاف المفلس.

وفى شرائه طريقان: نزله العراقيون منزلة شراء المفلس، فإنه محجور عليه لحق السيد كما أن المفلس محجور عليه لحق الغرماء، وهذا تفريع على صحة هبته.

وقطع صاحب التقريب والشيخ أبو محمد بالبطلان؛ لأن للسيد أخذ المبيع منه فيفوت الثمن بالكلية فهو عجز محقق، بخلاف المفلس، فإن حق البائع يتعلق بعين المبيع، ولا يتعلق حق من من سبق الغرماء بما تجدد. ثم على الصحيح اختلفوا فى أنه لو أحذه السيد منه فيجعل ذلك كزوال ملك المفلس حتى يمنع البائع من التعلق به، أو يقال: كان الملك مستمرا فيتعلق به حق البائع؟.

فإن قيل: الملك واقع للعبد أم للسيد؟ قلنا: هو واقع للسيد ابتداءً، فإن في ملك العبد بتمليك السيد قولين، ولا خلاف في أنه لا يملك بتمليك غير السيد.

والقول القديم: أنه يملك بتمليك السيد، لأنه يتصور له ملك النكاح بإذن السيد، فكذا ملك اليمين.

والجديد الذي عليه الفتوى: أنه لا يملك لتناقض فوائده، إذ لا خلاف أنه لا يملك من غير جهة السيد، حتى قالوا: لو احتطب أو اتهب على هذا القول أيضاً فإنه لا يملكه، ولا يملك البيع والعق وازالة الملك فيما ملكه وفاقاً، وللسيد أن يزيل ملكه ويرجع فيه، بل يكون يبيع ملكه وإعتاقه وهبته راجعاً.

وهذه أمور متفق عليها، لو لم يقل بها كان غضا من كمال مالكية السيد، ولو قيل به لم يبق للملك العبد حقيقة بخلاف ملك النكاح، فإن مقصوده الخاص متصور في حقه من غير تناقض، ولا معنى للتفريع على القول القديم، ولا فتوى عليه.

الباب الثاني في الاختلاف الموجب للتحالف

وفيه فصول:

الأول: في وجوه الاختلاف

والأصل في الباب قوله، عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتراداه»^(١).

وصورته أن يقول البائع: بعث باللف، فيقول المشتري: اشتريت بخمس مائة، فقياس الخصومات تحليف المشتري؛ لأن الملك مسلم له، وقد ادعى عليه زيادة وهو ينكرها.

ولكن لما كثرت الاختلاف في العقود، ومبني المعاوضة على تساوى المتعارضين، كان تخصيص أحدهما بالتصديق إضراراً بالآخر، فلما عقلنا هذا المعنى حكمنا بالتحالف وإن كانت السلعة هالكة. خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، وحكمنا بإجرائه مع وارث العاقد.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجري معه قبل القبض ولا يجري بعد قبض المبيع، وكذلك حكمنا به في الاختلاف في جنس المبيع وصفته وفي سائر الشرائط من الأجل، والخيار،

(١) ورد هذا الحديث بألفاظ كثيرة أصحابها عن ابن مسعود مرفوعاً [إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يتراذان] أخرجه أبو داود (٣٥١١) وابن ماجه (٢١٨٦)، والبيهقي (٣٣٢/٥)، والحاكم (٤٥/٢) والبخاري (١٦٩/٨) والألباني في السلسلة الصحيحة (٧٩٨).

والكفيل، والرهن، وكل شرط يقبله العقد.

والضابط فيه: أن يتفقا على بيع ومبيع معين، ويقع الاختلاف فيما وراءه مما يقع وصفاً للبيع المتفق عليه، كما إذا قال: بعثك هذه الدار بهذا الثوب أو بألف درهم، فقال: لا بل بهذا العبد أو بمائة دينار أو ما يجزى مجراه.

ولو لم يتفقا على العقد بأن قال: بعثك بألف، فقال: بل وهبته؛ لم يكن من صورة التحالف، بل تفصل الخصومة بطريقها، وكذلك لو تنازعا في شرط مفسد، لأنهما لم يتفقا على عقد صحيح، بل يدعى أحدهما العقد، والآخر ينكره.

فقال صاحب التقریب: القول قول من يدعى الشرط الفاسد؛ لأنه منكر للعقد. وقال غيره: بل القول قول الآخر؛ لأنه وافق على جريان العقد بصورته ويدعى مفسداً له.

ولو اتفقا على قدر في الثمن، واختلفا في المبيع بأن قال: بعثك هذا الثوب بألف فقال الآخر: بل بعثني العبد بألف، ففي التحالف وجهان:

منهم من جعل الاتفاق على الألف، كالاتفاق على المبيع.

ومنهم من قال: ليس الألف معيناً ليتحد مورداً للعقد بل هي في الذمة، فكل واحد يدعى عقداً آخر يتمثل فيه الثمن ولا يتحد. وهذا يلتفت على أن من أقر لإنسان بألف من جهة قرض، فأنكر المقر له الجهة، وقال: بل هو من جهة إتلاف، فهل له أن يطالبه به؟.

ولما عقل المعنى أيضاً طردنا التحالف في كل معاوضة، كالصلح عن دم العمد، والخلع، والإجارة، والمساقاة، والكتابة، والصدقات، والقراض، والجعالة، وكل ما فيه معنى المقابلة.

ثم ما لا يقبل الفسخ بسبب العوض ويقتصر أثر التحالف فيه على العوض كالصلح عن دم العمد، والخلع، والنكاح؛ فيسقط ما فيه النزاع ويرجع إلى قيمة المثل.

فإن قيل: وأي فائدة للتحالف في القراض والجعالة، وكل واحد قادرٌ على الفسخ دون التحالف، وقد قطع القاضي حسين بأنه لا تحالف في البيع في مدة الخيار وقلنا الوجه منع ذلك في الجعالة والقراض أيضاً، قبل الشروع في العمل، إذ لا معنى للتحاليف، وكل واحد منهما قادر على الخلاص والامتناع، إذ لا لزوم، أما بعد الخوض في العمل فالفسخ لا يغير مقدار المستحق وقد لزم الاستحقاق لما مضى.

فرع: إذا رد العبد المبيع بالعيب، فقال البائع: ليس هذا ما اشتريته منى فالقول قوله؛ لأنه يبغى استيفاء العقد، ولو قال المسلم إليه: ليس هذا ما قبضته منى، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: القول قوله، كالبائع.

والثاني: لا لأن المسلم إليه يدعى أنه قبض المستحق منه والآخر ينكره.

وقال ابن سريج: إن كان زبواً فهو كذلك، وإن كان معيماً فقد اعترف خصمه له بقبض لو رضى به لجاز، كما فى البيع، فلا فرق عند ذلك.

الفصل الثانى: فى كيفية التحالف

والنظر فى البداية، والعدد، والصيغة:

أما البداية: فقد نص الشافعى، رضى الله عنه، أنه يبدأ فى البيع بالبائع وفى السلم بالمسلم إليه وهو بائع، وفى الكتابة بالسيد وهو فى رتبة البائع، ونص فى النكاح أنه يبدأ بالزوج وهو فى رتبة المشتري. فاختلف الأصحاب: فمنهم من قال: فى الكل قولان، والقول المخرج، انه يبدأ بالمشتري كما يبدأ بالزوج.

ومنهم من أقر النصوص وقال: أثر التحالف يظهر فى النكاح فى الصداق، والزوج فيه فى رتبة البائع وهو واقع.

وذكر صاحب التقریب طريقتين: إحداهما: أنه يقرع بينهما. والأخرى: أن القاضى يتخير فيبدأ بمن شاء بخلاف المتساوقين فى خصومتين، إذ ليس يتفضل هاهنا غرض أحدهما دون الآخر.

وما ذكره قياس حسن، وهو متعين فى بيع العبد بالجارية، إذ لا يتميز بائع عن مشتر، ولكنه فى غير هذه الصورة كالإعراض عن نص الشافعى رضى الله عنه.

أما العدد والصيغة: فقد نص الشافعى، رضى الله عنه: أن البائع يحلف بمينا واحدة يبدأ فيها بالنفى ويقول: والله إني ما بعته بخمسائة، وإنما بعته بألف، ويقول المشتري: والله ما اشتريته بألف، وإنما اشتريته بخمسائة، فيجمع بين النفى والإثبات ويستحق تقديم النفى؛ لأن البداية بالإثبات فى اليمين بعيداً احتمال تابعا للنفى.

وقال الإصطخري: يتعين البداية بالإثبات؛ لأنه المقصود، وهذا بعيد.

فرع: لو حلف البائع على النفى والإثبات، فعلف المشتري على النفى ونكل عن الإثبات: قضى عليه يمين البائع، وإن لم يسلم عن معارضة فى طرق النفى، ولكن لما

اتصل النفي بالإثبات في هذه المسألة، جعل النكول عن البعض كالنكول عن الكل.

والقول الثاني: أنه لا يجمع في يمين واحدة بين النفي والإثبات؛ لأن يمين الإثبات لا يتبدأ بها إلا في القسامة على خلاف القياس، فيحلف البائع على النفي، ثم يحلف المشتري على النفي، ثم يحلف البائع على الإثبات، ثم يحلف المشتري على الإثبات، فيتعدد اليمين، وهو بعيد؛ إذ لو اتبعنا قياس الخصومات لصدقنا المشتري مع يمينه لما وقضى له إن حلف سبق.

ولكن خرج هذا القول من نص الشافعي، رضي الله عنه، فيما لو تنازع رجلان في دار في يدهما، ادعى كل واحد منهما أن جميعها له، إذ قال: يحلف أحدهما على النفي أولاً في النصف الذي في يده ويعرض على صاحبه، فإن نكل حلف على الإثبات، وهذه المسألة متفق عليها.

التفريع: إن قلنا بتعدد اليمين، فللمسألة أحوال: إحداها: أنه لو نكل الأول عن النفي، عرض على الثاني يميناً واحدةً جامعة للنفي والإثبات؛ لأنه الآن قد تقدم نكول؛ فلا بأس بالإثبات.

الثانية: أن يتحالفاً على النفي. قال الشيخ أبو محمد: قد تم التضاد والتعاند؛ فيفسخ العقد، ومنهم من قال: تعود إلى الأول، ويعرض عليه يمين، فإن حلف عرضنا على الثاني فإن حلف فقد تم الآن التحالف، فعلى هذا، لو حلف الأول يمين الإثبات، فعدا إلى الثاني فنكل، قضينا للأول لا محالة، وإن لم تسلم يمينه عن المعارضة بالنفي، ولعل ما ذكره الشيخ أبو محمد أولى.

الثالثة: أن يتناكلا جميعاً في الابتداء، ففيه وجهان:

أحدهما: أن تناكلهما كتحالتهما؛ لحصول التضاد، وهذا كما أن تداعي اثنين مولوداً كتناكرهما، وكذلك نص الأصحاب أنه لو حلف الأول على النفي. ونكل الثاني فرد على الأول فنكل عن الإثبات، كان نكوله كحلف صاحبه.

والثاني: أنه يتوقف؛ لأن مأخذ التفاسخ الحديث وهو منوطٌ بالتحالف، وليس في معناه التناكل.

الفصل الثالث: في حكم التحالف

وحكمه: جواز إنشاء الفسخ، هذا هو النص الانفساخ. وذكر أبو بكر الفارسي قولاً

مخرجاً: أنه يفسخ، فكأنه صدق كل واحد منهما في بینه، وصار كأن البائع قال: بعثت بألف، فقال المشتري: اشتريت بخمسائة، فلم ينعقد أصلاً، حتى فرع الشيخ أبو علي على هذا وحكم برد الزوائد المنفصلة وتبع التصرفات بالنقض، وهو بعيد.

نعم. اختلف الأصحاب في أن إنشاء الفسخ هل يختص بالقاضى من حيث إنه منوط بتعذر الإمضاء، وذلك عند اليأس عن التصديق بعد التحالف، وهو متعلق بنظره؟

والأقيس: أن العاقد يستقل به؛ إذ قطعوا بأن البائع هو الذى يفسخ بإفلاس المشتري، والمرأة تفسخ بإعسار الزوج بالنفقة، وقالوا: القاضى هو الذى يفسخ بعذر العنة، كذا نقله إمامي، رحمه الله، والفرق بينه وبين الإعسار بالنفقة عسير.

فإن قيل: وهل يفسخ باطلاً؟ قلنا: إن فوضناه إلى القاضى فالظاهر أنه يفسخ باطلاً لينتفع به المحق المذدور، وإن جوزنا للعاقدین فإن تطابقا عليه انفسخ باطلاً كما لو تقابلا، وإن أقدم عليه من هو صادق، فكمثل، وإن بادر الكاذب فلا يفسخ بينه وبين الله، وطريق الصادق أن ينشئ الفسخ إن أراد.

فروع: فى جواز وطء الجارية، بعد التنازع وقبل التحالف، وجهان. وبعد التحالف وقبل التفاسخ وجهان مرتبان؛ لأنه جرى سبب الزوال وأشرف عليه فهو كالزائل من وجه، والوطء يحرم بالشبهة. والقياس: الجواز؛ لاستمرار الملك.

الفصل الرابع: فى أحوال المبيع عند التفاسخ

وفيه خمس مسائل:

الأولى: أن المبيع إن كان تالفاً ثبت التفاسخ عندنا، ويغرم المشتري قيمة المبيع بأى اعتبار؟ فيه أقوال: الأصح: أنه يعتبر يوم التلف.

والثانى: أنه يعتبر أقصى قيمة من يوم القبض إلى يوم التلف، وهذا ضعيف.

والثالث: أنه يعتبر يوم القبض؛ لأنه وقت دخوله فى ضمانه، فما زاد بعده فهو له، وما نقص فهو عليه.

والرابع: أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد إلى القبض؛ لأنه إن زاد فقد زاد فى ملكه، وإن نقص وقع فى ضمان البائع لكونه فى يده. وكذلك يجرى هذا الخلاف إذا رد أحد العوضين بالعيب وقد تلف الآخر، أو اشترى عبيدين وتلف أحدهما وتحالفاً وقلنا: نضم قيمة التالف إلى القائم.

ولو اشترى عيدين، فتلف أحدهما، ووجد بالآخر عيباً، وقلنا: لا يرد، بل يطالب بالأرش، فالأصح: أنه يعتبر في تقويمه يوم العقد؛ لأن القيمة مطلوبة لتعرف التوزيع عند المقابلة لا ليعزم، بخلاف ما نحن فيه، فإنه يطلب القيمة ليغرمه.

الثانية: إذا كان المبيع معيباً ضم إليه إرش العيب، لأن كل يد أوجبت ضمان الكل: أوجبت أرش النقصان. وحيث نص الشافعي، رضي الله عنه، على أن الزكاة المعجلة إذا استردت لتلف النصاب، وقد تعينت في يد القابض، غرم الإمام أرش النقصان، ولو تلف غرم المسكين القيمة: حمل ذلك على الاستحباب؛ لأن أرش النقصان قد يخف فيحمله بيت المال، فإن احتمل أصل القيمة فيستحب ذلك أيضاً.

الثالثة: أن يكون آبقاً فيغرم قيمته، ولكن يرد الفسخ على القيمة كما في التلف؟ أو على الآبق والقيمة للحيلولة؟ فيه وجهان:

ووجه المنع: أن الفسخ مملك فلا يرد على الآبق كالعقد، وفائدته: أنه لو عاد يوماً من الدهر لم يلزمه الرد في الحال، ولو أخرج المطالبة إلى رجوع العبد لم يجز؛ لأن حقه في القيمة لا في العبد.

الرابعة: إن كان مكاتباً أو مرهوناً غرم القيمة، وهل يرد الفسخ على القيمة؟ فيه وجهان مرتبان على الآبق. وهما: أولى بأن نجعل القيمة أصلاً؛ لأن الرهن والكتابة تمنع ملك الغير، فإنه إبطال له وهو لازم.

وكذلك إذا وجد البائع متاعه مرهوناً، لم يفسخ بالإفلاس؛ وإن وجد آبقاً فسخ.

الخامسة: لو كان مكربى وقلنا يصح بيعه ورد الفسخ عليه وإلا فهو مردد بين الآبق والمرهون. هذا تمام النظر في كتاب البيع، والله أعلم بالصواب.

كتاب الحوالة^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانه

وهي خمسة: اللفظ، والمحيل، والمحال عليه، والمحتال، والدين المحال به. وأصل صحة المعاملة قوله ﷺ: «مطل الغنى ظلم»، فإذا أحيل أحدكم على غنى فليحل^(٢).

وفي حقيقته مشابه الاعتياض، كأنه اعتاض ديناً على دين، ومشابه الاستيفاء، فكأنه استوفى ما عليه باستحقاق الدين على غيره.

أما لفظ الحوالة: فلا بد منه، ولا بد من القبول؛ فإنه معاقدة بين المحيل والمحتال. وأما المحال عليه: فلا يشترط رضاه عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، والإصطخري؛ لأن ذمته محل التصرف فلا يعتبر رضاه، وهل يشترط أن يكون عليه دين؟ فيه وجهان، يرجع حاصلهما إلى أن الضمان بشرط براءة الأصيل، هل يصح؟ وفيه خلاف، وإليه ترجع الحوالة على من لا دين عليه، ولذلك يقطع باشتراط رضاه والتزامه إذا لم يكن عليه دين.

ثم تردد العراقيون في أن هذه الحوالة هل تلزم قبل القبض؟ والأصح: لزومها؛ فإنه

(١) الحوالة لغة: هي من قولك: تحول فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحق تحول مال من ذمة إلى ذمة.

وشرعاً: نقل الدين، أو الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه لبراءة الأولى. انظر: لسان العرب (١٠٥٨/٢).

(٢) الحديث عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ [مطل الغنى ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبّع] أخرجه البخاري (٢٢٨٧) ومسلم (١٥٦٤/٣٣) ومالك (٦٧٤/٢) وأبو داود (٣٣٤٥) والنسائي (٣١٧/٧) والترمذي (١٣٠٨) وابن ماجه (٨٠٣/٢) والشافعي في الأم (٢٣٣/٣). وأحمد (٢٤٥/٢) والدارمي (٢٦١/٢) والحميدي (٤٤٧/٢) وأبو يعلى (٦٢٨٣) والطحاوي في مشكل الآثار (٨/٤) والبيهقي (٧٠/٦).

وعن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ [مطل الغنى ظلم] البخاري (٢٤٠٠) ومسلم (١١٩٧/٣) وأحمد (٣١٥/٢) وعبد الرزاق (١٥٣٥٥) والبيهقي (٧٠/٦) هذا وللحديث طرق أخر عن أبي هريرة، وروى أيضاً عن ابن عمر أخرجه الترمذي (١٣٠٩) وابن ماجه (٢٤٠٤) وأحمد (٧١/٢).

حقيقة الحوالة.

أما الدين: فيشترط فيه: أن يكون بحائناً لما على المحال عليه قدرًا وجنسًا ووصفًا، فإن كان بينهما من التفاوت ما يمنع الاستيفاء إلا بالمعاوضة: امتنعت الحوالة، وإن كان لا يمنع الاستيفاء، بل يجب القبول ولا يشترط فيه رضا المستحق، كتسليم الصحيح على المكسر، والأجود عن الأردأ، والحال عن الموجل، وفي بعض الأحوال جازت الحوالة.

فإن كان يقتصر إلى الرضا المحرد دون المعاوضة: ففيه وجهان.

الشرط الثاني للدين: أن يكون لازمًا، أو مصيره إلى اللزوم، فتحوز الحوالة بالثمن وعلى الثمن في مدة الخيار على الصحيح، ثم إن فسخ انقطعت الحوالة.

وفى نجوم الكتابة ثلاثة أوجه؛ أحدها: المنع؛ لأنه ليس بلازم عليه.

والثاني، نقل عن ابن سريج: جواز الحوالة به وعليه جميعًا؛ لثبوته وتأكيده.

والثالث: أنه لا تجوز الحوالة عليه؛ إذ لو صح لعنق العبد ولصار الدين لازمًا على العبد، وتصح حوالة العبد به فيبرأ العبد ويعتق ويلزم الدين في ذمة المحال عليه، فلا بعد فيه.

فرعان: أحدهما: إذا أفلس المحال عليه أو جحد لم يثبت الرجوع على المحيل بالدين، بخلافه لأبي حنيفة.

أما إذا كان الإفلاس مقارنًا وجهله المحتال، ففي ثبوت الخيار ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يرجع، كما إذا كان طارئًا والأظهر: الثبوت، فإن أخذ استيفاءً أو عوضًا معينًا، فله الرد، والثالث: أنه لا يثبت الخيار إلا إذا شرط كونه مليا، وهذا يلتفت على أن خيار الشرط هل يتطرق إلى الحوالة بتغليب مشابهة المعاوضة فيه؟

الثاني: إذا حال المشتري البائع بالثمن على إنسان، فرد عليه المبيع بالعيب، فالذي ذكره المزني، رحمه الله، تحريمًا: أن الحوالة تنفسخ، وتخريج المزني معدود من مذهب الشافعي رضي الله عنه.

ونص في المختصر الكبير على أنها لا تبطل؛ فقال: للأصحاب قولان، مأخذهما: تغليب مشابهة الاستيفاء أو الاعتياض، وموجب الاعتياض أنه لا ينقض.

والأصح: أنه ينفسخ، كما لو استحق مكسرًا فاستوفى الصحيح، وفسخ البيع: رد

الصحيح، وإن كان فيه شبه المعاوضة.

ولو جرى ذلك قبل قبض المبيع: فمنهم من قطع بفسخ الحوالة؛ لأنه رد المبيع من أصله، على رأى، ولو جرى بعد قبض المحتال: منهم من قطع بأنه لا يفسخ؛ لأنه تأكيد بالقبض.

ولو جرى فى الصداق، ثم عاد النصف بالطلاق: منهم من قطع بأنه لا يفسخ؛ لأنه فى حكم رد مبتدأ، بخلاف ما لو فسخ النكاح بسبب، ولذلك تمتنع بالزيادة المتصلة.

ولو أحال البائع على المشتري بدين: منهم من قطع بأنه لا يفسخ؛ لأنه تعلق الحق بثالث، فلا سبيل إلى إبطاله، ومن الأصحاب من طرد الخلاف فى كل هذه الصور من غير فرق.

التفريع: إن قلنا: لا يفسخ، فليس عليه رد عين ما أخذه من المحال عليه، وإن لم يكن استوفى بعد هل يغرم للمشتري فى الحال؟ وجهان:

إن قلنا: لا يعزم فالظاهر أنه يطالبه المشتري لتحصيله من جهة المحال عليه حتى يغرم له، فإنه لا سبيل إلى قطع مطالبته بالتأخير إلى غير نهاية.

وإن قلنا: يفسخ، فلو قبض لم يقع عن جهة المحتال، وهل يقع عن جهة المشتري المحيل؟ فيه وجهان.

ووجه وقوعه: أن الفسخ قد ورد على خصوص جهة الحوالة، لا على ما تضمنه من الإذن فى الأخذ؛ فيضاهى تردد العلماء فى أن الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز؟ وأن من يحرم بالظهر قبل الزوال هل يتعقد نفلاً؟

الباب الثانى فى التنازع

وفيه مسائل: الأولى: إذا باع عبداً وأحال بثمنه على المشتري، فقال العبد: أنا حر الأصل، وصدقه المتبايعان والمحتال: فقد بطل البيع والحوالة، فلو كذبه المحتال: بطل البيع فى حقهما ولم تبطل الحوالة، إذ ثبت له حق لازم، وقولهما ليس بحجة عليه.

الثانية: إذا قال مستحق الدين: أحلتنى على فلان. وقال: لا، بل وكلتك باستيفاء ديني منه، فالقول قول الأمر فى نفى الحوالة، ثم إن لم يكن قد قبض فليس له القبض؛ لأنه أنكر الوكالة فانعزل، وفى مطالبة منكر الحوالة بأصل الدين، وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه اعترف ببراءته بما ادعاه من الحوالة. والثانى: بلى؛ لأنه لم يسلم له

ذلك، فليرجع حتى لا يتعطل حقه بمجرد إنكاره.

أما إذا كان قد قبض وهو قائمٌ للموكل أخذه، إلا إذا منعه حقه، فله أن يملكه؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان تالفا فلا مطالبة بأصل الدين؛ لأنه يزعمه قد استوفى وتلف في يده من ضمانه، وبرئ المحال عليه من كل تقدير.

أما إذا قال المستحق: وكلتني. وقال من عليه: لا، بل أحتك وما وكلتك، فإن كان قبل القبض فلا يستوفى؛ لأن المالك أنكر الوكالة، وللمستحق مطالبة؛ إذ لا يسقط حقه بدعوى من عليه الدين الحوالة مع إنكار المستحق، وإن كان بعد القبض، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يملكه الآن؛ لأنه من جنس حقه، والمستحق يزعم أنه ملكه. والثاني: أنه لا بد من مطالبة بالحق ورد هذا عليه إلى أن يجري تمليك صحيح. وإن جرى النزاع بعد التلف، ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان؛ لأنه مصدق في نفى الحوالة، فقد تلف في يده أمانة بحكم الوكالة. والثاني: أنه يتضمن؛ لأنه مصدق في نفى الحوالة لا في إثبات الوكالة، فينفعه في بقاء دينه، ولا ينفعه في إسقاط الضمان.

والأصل: أن ما تلف في يده من ملك غيره فهو مضمون، وهذا كالبائع إذا أنكر قديم العيب: صدق فيه، ولا يثبت به حدوثه، ولذلك لا يطالب بأرضه إذا رد إليه بسبب آخر.

فإن قيل: فلو اتفق على جريان لفظ الحوالة، فقال اللافظ: أردت به الوكالة دون الحوالة، أو قال القابل: قبلت الوكالة دون الحوالة؟

قلنا: فيه قولان:

أحدهما: أن النظر إلى ظاهر اللفظ. والثاني: أن المتبع قول اللافظ ونيته.

* * *

كتاب الضمان

والضمان معاملةٌ صحيحة، دل عليه الخبر والإجماع. ومعناه: تضمين الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالباً به مع الأصل. وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول

في أركانه وهي ستة^(١)

الأول: المضمون عنه

ولا يشترط رضاه؛ لأن لغيره أن يقضى دينه بغير إذنه، فكذا له أن يضمن. ولا يشترط حياته ويساره، بل يصح الضمان عن الميت المفلس، خلافاً لأبي حنيفة.

وهل يشترط كونه معلوماً عند الضامن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا تعلق لمعاملته به، ولذلك لم نشترط رضاه. والثاني: نعم، فإن الضامن قد يعول على كونه المضمون عنه ملياً أو متشمرّاً للأداء، ففي الضمان عن المحلول غررٌ.

الركن الثاني: المضمون له

وفي شرط معرفته وجهان مرتبان على المضمون عنه، وأولى بألا يعتبر؛ لأن المطالبة تتجدد له فيختلف الغرض باختلاف المطالبين في المساهلة والمضايقة.

إن قلنا: يشترط معرفته، ففي اشتراط رضاه وجهان:

أحدهما: بلى؛ إذ تجدد له ملك مطالبة لم تكن، وليس له أن يملك غيره بغير رضاه. والثاني: لا؛ لأن الدين ليس يزيد، إنما هذه إمكان مطالبة مع بقاء الدين على ما كان عليه.

فإن قلنا: يشترط رضاه، ففي اشتراط قبوله وجهان يقربان من الوجهين في اشتراط قبول الوكيل؛ لأن التوكيل إثبات سلطنة لم تكن للوكيل، كما أن الضمان إثبات سلطنة للمضمون له. فإن قلنا: لا يشترط قبوله، اكتفى بالرضا، وإن تقدم على الضمان.

(١) في الأصل الذي ننسخ منه ونعتمد عليه «أربعة» وهو خطأ، والمثبت من أصل آخر بالمقابلة مع ط «دار السلام».

الركن الثالث: الضامن

ولا يشترط فيه إلا صحة العبارة، وكونه من أهل التبرع، فإن الضمان تبرع، فضمن المكاتب كتبرعه، وضمن الرقيق دون إذن السيد فيه وجهان ذكرناه فى شرائه، وفائدة صحته: أن يطالب به إذا عتق. وإن ضمن بالإذن: صح، وفى تعلقه بكسبه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتعلق به كالمهر ونفقة النكاح؛ فإن الإذن فى الالتزام إذن فى الأداء، والكسب متعين لأدائه. والثانى: لا، بل إذنه رضا بما للبعد الاستقلال به على أحد الوجهين. والثالث: أنه يتعلق بكسبه إن كان مأذوناً فى التجارة، وإلا فلا.

هذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين وحجر عليه: فلا يتعلق بكسبه وإن أذن فيه السيد؛ إذ ليس التبرع بما فى يده. وإن لم يحجر عليه فثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنه فى حكم المرهون بالدين. والثانى: يتعلق؛ لأنه لم يجر حجر ورهن. والثالث: أن قدر الدين يستثنى، فإن فضل شيء تعلق به الضمان.

الركن الرابع: المضمون به

وشروطه: أن يكون حقاً ثابتاً، لازماً، معلوماً.

القيد الأول: الثبوت: احترازنا به عما إذا قال: ضمنت لك من فلان ما تفرضه منه، أو ثمن هذا المبيع إذا بعته، فهو باطل على القول الجديد، وصحيح على القديم.

وفى ضمان نفقة الغد للمرأة، وكذا كل ما لم يجب وجرى سبب وجوبه: قولان مشهوران فى الجديد. أحدهما: لا؛ لأنه لم يلزم، والثانى: نعم؛ لأن السبب متقدّم، وكان هذا تأخير يضاهاى التأجيل.

وضمن العهدة صحيح فى ظاهر المذهب على الجديد والقديم، وإن كان يخالف قياس الجديد من حيث إنه لم يعلم لزومه، فإن البائع إن باع ملك نفسه فما أخذه من الثمن ليس بدين عليه حتى يضمن، ولكنه احتمل ذلك فجوز بعد جريان البيع وقبض الثمن الضمان لمصلحة العقود، فإنه لا يرغب فى معاملة الغرماء إلا به. وعليه اشتملت الصكوك فى الأعصار الحالية. وخرج ابن سريج قولاً: أنه لا يصح أصلاً.

وفيه قول آخر: أنه يصح قبل قبض الثمن وبعده، ومهما جرى البيع، والأعدل: أنه لا يصح قبل قبض الثمن؛ حتى يكون سبب اللزوم على تقدير ثبوت العهدة جارياً هذا فيه إذا خاف المشتري كون المبيع مستحقاً. فلو كان يخاف فساد العقد من جهة أخرى، أو

كون البيع معيّنًا، فضمن له هذه العهدة صريحًا، فوجهان:

أحدهما: بلى، كما إذا خاف خروجه مستحقًا. والثاني: لا؛ لأن التعلق بالمبيع ممكن هاهنا إلى رد الثمن، والتحرز عن المفسدات والعيوب ممكن، وما بنى على الحاجة والمصلحة يبيع فيه مراتب الحاجة.

فإن قلنا: إنه يصح ضمانه صريحًا، ففي اندراجة تحت مطلق ضمان العهدة وجهان.

ولو كان يشك في كمال الصنعة، أو في جودة جنس الثمن: قال ابن سريج: صح هذا الضمان؛ تخريجيًا على ضمان العهدة، فهذا يقرب من مخافة العيوب، فيعتضد به ذلك الوجه.

ثم مهما ادعى نقصان الصنعة فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم استيفاء الكمال، فإن حلف: طالب المشتري.

وهل يطالب الضامن بمجرد حلفه دون بينة يقيمها على النقصان؟ فيه وجهان، ووجه المنع: أن الأصل في حقه البراءة، فلا يتنهض بمينه حجة عليه.

القيد الثاني: كون الحق لازمًا؛ فكل دين لازم يصح ضمانه، ولا يصح ضمان نجوم الكتابة؛ لأنه لا مصير لها إلى اللزوم. والأصح: صحة ضمان الثمن في مدة الخيار؛ لأن مصيره إلى اللزوم، والجواز عارض.

وفي ضمان الجعل في الجمالة وجهان.

القيد الثالث: كونه معلومًا. فلا يصح ضمان المجهول على الجديد، كما لا يصح الإبراء عنه. وفي القديم: يصح ضمان المجهول والإبراء عنه.

ولا خلاف في جواز ضمان إبل الدية، وإن كان فيه ضرب جهالة، وكذا الإبراء.

وفي طريقة العراق وجه: أن ضمانه لا يصح للجهل به.

ولو قال: ضمننت من عشرة إلى مائة، ففي الجديد قولان: الأشهر: الصحة؛ لأن الأقصى معلوم، وقد وطن نفسه عليه.

والأقيس: الفساد؛ لأن الغرر حاصلٌ بجهل المقدار بين العشرة والمائة.

الركن الخامس

ويتشعب عن المضمون به النظر في الكفالة بالبدن. والصحيح الذي عليه الفتوى: صحته، وعليه جرى الصحابة والسلف.

قال المزني: ضعف الشافعي، رضي الله عنه، كفالة البدن. فمنهم من جعل ذلك

ترديد قول، وعلى هذا يصح ضمان عين المغضوب والبيع وكل ما يجب تسليمه، ولا يصح ضمان عين الودائع والأمانات؛ إذ لا يجب تسليمها، فكأننا نكتفى بأن يكون المضمون به حقا لازماً، ولا يشترط كونه ديناً، فيصح الكفالة بيدن كل من يجب عليه حضور مجلس القضاء باستدعاء المدعى. وكذلك تصح الكفالة بالبدن قبل قيام البيئة على الدين؛ لأن معتمده الحضور، وهو واجب. والأصح: صحته بعد حضور المدعى عليه وإنكاره، إذا لم يتم المدعى البيئة؛ لأنه يبقى له متعلق في إحضاره.

ويصح الضمان بيدن الزوجة: وقال ابن سريج: يصح الضمان بيدن العبد الآبق، ويجب السعى في إحضاره ورده، وتصح الكفالة بيدن الميت؛ إذ قد يستحق إحضاره؛ ليشاهد الشهود صورته فيشهدون عليه، ولو تكفل بيدن شخص فمات، ففي انقطاعه بالموت وجهان، ووجه القطع: أن مطلق التصرفات تحمل على حالة الحياة. وفي الكفالة بيدن من عليه عقوبة، ثلاثة أوجه:

أحدها: بلى؛ لأنها من الحقوق. والثاني: لا؛ لأنها تعرض السقوط بالشبهات. والثالث: أنها تصح فيما للأدمين، بخلاف ما ثبت لله تعالى، ولو تكفل بإحضار شخص ببغداد، والمكفول بيدنه بنيسابور: لم يجز؛ لأنه لا يلزمه الحضور على هذا الوجه.

فإن قيل: بماذا يخرج من عهدة هذه الكفالة؟ قلنا: بإحضاره في المكان الذي التزمه، وتعين المكان الذي عين، فإن سلم فقال: لا أريده الآن، فقد خرج عن العهدة، إلا إذا كان عاجزاً عن التعلق به؛ لاستناده إلى ركن وثيق، فإن غاب حيث يعرف خبره، فعلى الكفيل السعى في إحضاره، ويمهل مدة الذهاب والمجيء، فإن لم يحضره حبس، فإن حضر الأصل وسلم نفسه برئ الكفيل، كما لو أدى المضمون عنه برئ الضامن من الدين، فإن عجز عن إحضاره بموته أو هروبه، فالأصح: أنه لا يلزمه شيء، وهو معنى تضعيف الشافعي، رضى الله عنه، كفالة البدن.

والثاني: أنه يلزمه بدل الحضور الذي عجز عنه، ثم فيه وجهان: أحدهما: أنه يلزمه الدين بالغاً ما بلغ، فهو الأصل مهما قامت البيئة عليه، والثاني: يلزمه دية المكفول بيدنه، فإنه بدل بدنه، إلا إذا كان الدين أقل منه.

واشترط رضا المكفول بيدنه يمتنى على هذا، فإن قلنا: الالتزام مقصوراً على الحضور، فلا يجوز دون رضاه؛ لأنه ليس يقدر على الاستبداد بالنقض عنه، وإن قلنا: يلزم المال، فله الانفراد بهذه الكفالة، كما يلزمه بضمن المال، فلو أنكر المكفول به الرضا، فهل له تكليفه الحضور؟ فيه وجهان.

ووجه التجويز: أن الحضور مستحق، والكفيل لا يتقاعد عن الوكيل.

قال صاحب التقریب: فعلى هذا ينبغي أن تصح الكفالة بغير إذنه، ويقدر على تكليفه الحضور؛ لأنه لا يتقاعد عن الوكيل.

فروع أربعة: الأول: إذا مات المكفول له، هل ينتقل حقه إلى ورثته؟ فيه ثلاثة أوجه ذكرها ابن سريج:

أحدها: لا؛ لأنه حق ضعيف، ولم يلزم إلا له. والثاني: بلى، كسائر الحقوق، وهو الأقيس. والثالث: إن كان في التركة دين أو وصى يثبت، وكأنه نائب عن جهته.

الثاني: إذا كفل ثلاثة بيدن إنسان، فأحضره واحد برئ هو. قال المزني: وبرئ صاحبه كما في ضمان الدين.

قال ابن سريج: لا يبرأ صاحبه، بخلاف أداء الدين فإن المقصود قد حصل، ثم وهاهنا لا يحصل بمجرد الحضور.

الثالث: لو تكفل بيدن الكفيل: جاز، ولو ضمن الضامن بالمال جاز.

وإذا تكفل ثلاثة بيدن إنسان، وكل واحد تكفل بيدن صاحبه: جاز، فإن أحضر واحد برئ هو عن كفالته، وبرئ من تكفل بيدن الذي أحضره، وأمر الباقي في إحضار الخصم يخرج على مذهب المزني وابن سريج.

الرابع: لو ضمن تسليم عين المبيع فتلف قبل القبض: انفسخ البيع، فإن قلنا: الكفيل عند العجز لا يغرّم شيئاً، فكذلك هذا، وإن قلنا: إنه يغرّم، فهذا على وجه: يغرّم الثمن، وعلى وجه: أقل الأمرين من الثمن أو القيمة يوم التلف.

وقيل: يعتبر أقصى القيم كما في الغاصب.

الركن السادس^(١)

في الصيغة وما يقترن بها من شرط وتقييد.

وفيه مسائل: الأولى: أن الضمان يصح بكل لفظ يدل على الالتزام. كقوله: تقلدت، والتزمت، وضمنت، وتكفلت، وتحملت، ولا يصح بقوله: أؤدى، وأحضره؛ لأنه وعد.

الثانية: تعليق الضمان باطل على الحديد، وهو أن يقول: ضمننت إذا جاء رأس الشهر،

(١) في الأصل (الخامس) وهو خطأ.

أو إذا بعث من فلان، أما تعليق الكفالة بالبدن على مجئ رأس الشهر: ذكر ابن سريج وجهين. وفي التعليق على الحصاد وجهان مرتبان، وأولى بالمنع.

وعلى قدوم زيد وجهان مرتبان، وأولى بالمنع، ولو تجز الكفالة وشرط تأخير الطلب إلى مجئ الشهر: فهي أولى بالجواز.

وهذا الخلاف ليس يجرى في ضمان المال ولا في الإبراء؛ لأن كفالة البدن تنبني على المصلحة فاتبعت فيه الحاجات.

أما إذا قال: ألق متاعك في البحر، وعلى ألف؛ لزمه، كما إذا قال: طلق زوجتك وأعتق عبدك وعلى ألف، لأنه التزام لغرض صحيح.

ولو قال: بع عبدك من فلان بمائة، وعلى مائة أخرى فوجهان، الأصح: أنه لا يلزمه؛ إذ لا يظهر له فيه غرض.

الثالثة: لو شرط في ضمان الدين الحال أجلاً: لم يثبت الأجل؛ لأنه يضمن ما عليه، فهو تابع فلا يتغير وصفه.

وفي طريقة العراق جواز ذلك؛ لأنه نوع رفق، فجاز إثباته، ويشهد له قطع ابن سريج بأنه لو تجز كفالة البدن وشرط تأخير التسليم شهراً: جاز، ولكن احتمل في كفالة البدن ما لم يحتمل في الضمان، ثم قال المزني: لو أحضره قبل الشهر، برئ عن العهدة.

وقال ابن سريج: ينظر: إن كان الدين موجلاً، أو كانت البيئة غائبة: فلا يبرأ، وإن لم يكن له غرض فيخرج على أن الحق المؤجل إذا عجل هل يجبر على قبوله؟ وفيه قولان.

ثم إذا أفسدنا شرط الأجل في ضمان الدين الحال، في فساد الضمان بفساد الشرط وجهان.

ولو ضمن الدين المؤجل حالاً، ففي فساد الشرط وجهان. وإن فسد ففي فساد الضمان وجهان.

الرابعة: لو شرط الضامن أن يعطى المضمون عنه ضامناً، ففي صحة شرطه وجهان، فإن فسد ففي فساد الضمان وجهان، وإن صح فعليه الوفاء، فإن لم يف فله الفسخ.

الخامسة: لو تكفل بعضو من بدنه، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح؛ لأن في تسليمه تسليم الباقي. والثاني: لا؛ إذ ليس هو من التصرفات

المبنية على السرية، والثالث: أنه إن عين عضواً لا يقبل التسليم إلا بتسليم البدن، كالقلب والبطن والظهر: لزم، وإن كان كاليد والرجل: لم يلزم.

الباب الثاني: في حكم الضمان الصحيح

وله أحكام:

الحكم الأول

أنه يتحدد لمستحق الدين مطالبة الضامن، ولا ينقطع مطالبته عن المضمون عنه؛ لأن معناه ضم ذمة إلى ذمة، وقال مالك: لا يطالب الضامن ما لم يعجز عن المضمون عنه، وقال ابن أبي ليلى: لا يطالب المضمون عنه ما لم يعجز عن الضامن.

فروع ثلاثة: الأول: لو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل، ولو أبرأ الأصيل برئ الكفيل، وقوله لضامن: وهبت منك، أو تصدقت عليك، كالإبراء لا كالتوفية، ثم استئناف الهبة حتى لا يثبت الرجوع، بخلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، فإنه قال: كالتوفية فله الرجوع.

الثاني: لو كان الدين مؤجلاً، ومات الأصيل وحل الدين: لم يطالب الكفيل؛ لأنه حي، ولم يلتزم ذلك أصلاً.

الثالث: لو قضى الضامن ثم وهب منه بعد القبض، ففي الرجوع خلاف كما في هبة الصداق.

الحكم الثاني

يجوز للضامن إجبار المضمون له على قبول الدين مهما أداه؛ لأنه صار ملتزماً، بخلاف ما إذا أدى دين غيره متبرعاً، فإنه لا يجبر على القبول بل له ذلك إن أراد.

ومن أصحابنا من قال: إن كان الضمان في صورة لا يرجع إذا ضمن: لا يلزمه القبول؛ لأن في قبوله إدخال المال في ملك المضمون عنه ضمناً، ثم وقوعه عن جهته وهو ضعيف.

الحكم الثالث

يتحدد للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه بقضاء الحق. اتفق الأصحاب عليه سوى القفال، فإنه قال: ليس له ذلك في وجه حكاه، ولو حبس فهل له أن يقول: احبسوا المضمون عنه معي؟ فيه وجهان. أما المطالبة بتسليم الدين إلى الضامن قبل أن يغرم الضامن، ففيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه رجوع قبل الأداء. والثاني: نعم؛ لأنه

ملتزم له، فله الاستيفاء منه، وينبنى على هذا أنه إذا صار مستحق دين عليه فله أن يشترط كفيلاً عليه في أصل الضمان، وله الإبراء عنه والمصالحة.

وفي طريقة العراق: أنه لو سلم إلى الضامن ما يستحب له بقضاء الدين، هل يملكه؟ وجهان: ووجه التمليك: أنه يستحق بسببين: الضمان، والقضاء، وقد جرى أحدهما، فكان كاليمين مع الحنث، ومأخذ الخلاف مما ذكرناه أولى.

الحكم الرابع: الرجوع بعد الأداء

ونقدم عليه أنه لو أدى دين غيره من غير ضمان بغير إذنه: لم يرجع، وإن أدى بإذنه مع شرط الرجوع: رجع عليه.

وإن أطلق الإذن فوجهان يقربان من القولين في أن الهبة المطلقة هل تقتضي ثواباً بالعرف؟

ولو قال: أد دين فلان لم يرجع على الأمر قطعاً، ولو قال: أد دين الضامن عني، فهو كما لو قال: أد ديني؛ لأن له فيه غرضاً.

فرع: ولو صالح المأذون على غير جنسه، فتلاثة أوجه:

أحدها: لا يرجع؛ لأن ما أداه غير مأذون فيه، فبطل أثر الإذن. والثاني: يرجع؛ لأنه مأذون له في أصل الأداء، وهذه مراعاة في التفصيل جرى بينهما. والثالث أنه إن قال: أد ديني رجع. وإن قال: اقض ما على لم يرجع، فإن خالفه رجعنا إلى الضمان. فإذا ضمن بإذنه وأدى بإذنه: رجع وإن لم يشترط الرجوع، هذا هو المذهب؛ لأنه إذن في الالتزام والأداء، بخلاف مجرد الإذن في الأداء. وإن ضمن بغير إذنه وغرم بغير إذنه فلا رجوع. وإن ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه فتلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يرجع؛ لأن موجب الرجوع هو الأداء، وهو غير مأذون. والثاني: بلى، وهو المنصوص؛ لأن الإذن في الالتزام إذن في الأداء. والثالث: أنه إن طوّل فغرم: رجع، وإن ابتدأ مبادراً إليه: لم يرجع.

وإن ضمن بغير إذن وغرم بالإذن، فوجهان مرتبان على من لم يضمن إذا أدى بالإذن، فأولى بأن لا يرجع؛ لأنه سبق التزامه، فأدأه خروجاً عن التزام نفسه، وهو الأصح. هذا كله إذا شهد على الأداء، فلو لم يشهد: فلا رجوع له إلا إذا صدقه المضمون له. والمضمون عنه جميعاً، فإن صدقه المضمون عنه دون المضمون له، فوجهان:

أحدهما: يرجع؛ مؤاخذه له بتصدقته. والثاني: لا؛ لأنه لم ينفعه بأدائه، فلا يرجع به.

وإن صدقه المضمون له وكذبه المضمون عنه، فوجهان:

أحدهما: بلى؛ لأن البراءة حصلت باعتراف المضمون له. والثاني: لا؛ لأن الأصل براءة ذمته، وقول غيره ليس حجة عليه، ولو كان يصرأى من المضمون عنه رجوع؛ لأن التقصير منسوب إليه في ترك الإشهاد، لا إلى الضامن.

ولو أشهد فماتوا أو غابوا: لم يمتنع الرجوع، ولو ادعى موت الشهود، وأنكر المرجوع عليه أصل الإشهاد، فالقول قول من؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع، إذ الاحتراز عنه غير ممكن، والأصل عدم التقصير. والثاني: لا؛ لأن الأصل عدم الإشهاد.

ولو قال: أشهدت زيداً وعمراً، فقالا: كذب، فهو كترك الإشهاد، ولو قال: لا ندرى لعننا نسينا فوجهان.

ولو أشهد رجلاً وامرأتين: رجع، ولو أشهد مستورين فعديلاً: رجع، وإن لم يعدلا فوجهان يقربان من الخلاف في انعقاد النكاح بشهادتهما.

ولو أشهد واحداً ليحلف معه، فوجهان.

وجه التقصير: أن القاضي ربما يكون حنفياً، ثم لو كذبه المضمون له وطالبه مرة أخرى فأشهد على الأداء الثاني، فالصحيح أنه يرجع الآن.

وقيل: إنه إذا لم يرجع بالأول فهو مظلومٌ بالثاني بزعمه، فلا يرجع أيضاً به.

فروع ثلاثة: الأول: لو صالح الضامن المضمون له نظر: فإن سومح بمقدار أو بصفة فيه: لم يرجع إلا بما بذل، ولو صالح على عوض يساوي تسعمائة عن دين مبلغه ألفاً فوجهان: أحدهما: يرجع بتمام الألف، فإن المسامحة معه في شراء ماله بالغبن مخصوص به. والثاني: لا، بل فإنه لم يبذل إلا قدر تسعمائة.

ولو صالح الضامن المضمون له على خمر وكانا ذميين، والمضمون عنه مسلماً، ففي صحة الصلح وجهان.

فإن صححنا وقلنا: الرجوع بما بذله، فهانئ لا يطمع فيه. وإن قلنا: الرجوع بالدين رجع.

الثاني: إذا ضمن العبد من سيده بإذنه فأداه بعد الحرية من كسبه، ففي رجوعه

وجهان يقربان من الخلاف في استمرار الإجارة بعد العتق.

الثالث: لو ضمن السيد عن عبده بإذنه وأداه بعد عتقه رجع عليه، وإن أداه قبل العتق، رأيت للأصحاب: أنه يرجع؛ وفيه نظر من حيث إن فيه إثبات دين السيد على عبده في دوام الرق. وإن ضمن السيد عن العبد المأذون دين التجارة، فهل يرجع بعد العتق؟ فإن قلنا: إن العبد لو أداه رجع على السيد، فالسيد لا يرجع عليه. وإن قلنا: لا يرجع فوجهان، ووجه المنع: أن السيد إنما يرجع؛ لأنه يقول: ضمنت بإذنك، فللعبد أن يقول: وأنا التزمت دين التجارة بإذنك، فيقاوم الأمران فلا رجوع.

الباب الثالث: في الاختلاف

وفيه مسألتان:

أحدهما: فيما يسمع من تناقض قول المدعى:

مثاله: أن من باع شيئاً من رجلين بألف بشرط أن يكون كل واحد ضامناً عن صاحبه: بطل البيع؛ لأنه شرط على المشتري التزام غير الثمن.

ولكن لو جرى الضمان من غير شرط: صح من كل جانب، وكان له أن يطالب من شاء منهما بألف، فلو أخذ من أحدهما خمسمائة وقال: أدبته عن جهة الضمان وحصتك باقية، فالقول قول المؤدى.

وإن حلف أنه أدى عن جهة نفسه، فهل له أن يطالبه عن جهة الضمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه يناقض قوله الأول، إذ اعترف في دعواه ببراءته عن جهة الضمان.

والثاني، قطع به القفال، وهو الصحيح: أنه يجوز؛ إذ بنى ذلك على تحييل وانكشاف بيمينه فلا يطل حقه، وهو كما لو ادعى على المشتري أن المشتري غصب، فقال منكراً: بل هو ملكي وملك من اشتريته منه، فأقيمت البينة، فإنه يرجع على البائع بالثمن، وإن كان قد اعترف له بالصدق وأنه ملكه، ولكن قيل: هو بناء على ظاهر وقد ظهر بالبينة نقيضه. ومن الأصحاب من طرد وجهاً: أنه لا يرجع؛ إذ كان حقه أن يقول: لا يلزمي تسليمه إليك، ولا يقر للبائع بالملك، وهو بعيد.

ولو ادعى على شخص ضماناً عن غائب فأنكر، فأقيمت البينة فغرم فأراد الرجوع على الغائب: نقل المزمى أن له ذلك. وهذا بعيد؛ لأنه قطع بنفى الضمان وهو فعله الذي ينفيه، فالرجوع مناقض له.

فمن الأصحاب من قال: لا يرجع وهو الأصح، وحمل كلام المزنى على ما إذا سكت، أو أنكر وكيله ولم ينكر هو بنفسه.

ولو قال الكفيل: أبرأت الأصيل فبرئت، فحلف المستحق، فهل للكفيل مطالبة الأصيل وهو مناقض لما تقدم منه؟ فيه وجهان، الأسد: الجواز؛ لأنه قد يدعى ذلك عن سماع وظن، فيتبين بالحلف تقيضه.

وكذلك لو تكفل ثم قال: كنت أبرأت قبل كفالتي ولم أعرف، فهل يسمع دعواه للتحليف؟ فيه وجهان يجري في كل دعوى محتمل مناقضة عقد سابق.

المسألة الثانية: ادعى ضماناً بألف وأقام شاهداً أنه ضمن ألفاً، وآخر أنه ضمن خمسمائة، ففي ثبوت الخمسمائة وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو أطلق دعوى الألف من غير إسناد إلى ضمان.

والثاني: لا؛ لأنهما لم يتفقا على شيء واحد، وضمان الألف يخالف ضمان الخمسمائة، بخلاف الدين المطلق.

ولو شهد الآخر أيضاً على الألف ولكن قال: قد قضى منه خمسمائة، ففي ثبوت تمام الألف وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهما اتفقا عليه، وانفرد أحدهما بشهادة الدين، فيلغو.

والثاني: لا؛ لأنه وصل بشهادته ذلك، فكأنه لم يشهد إلا على خمسمائة، ثم لا شك أنه لو حلف مع شاهد على قضاء الخمسمائة يقضى له به بشرط أن تعاد الشهادة، فإنها جرت قبل الاستشهاد. والله أعلم.



* * *

كتاب الشركة^(١)

الشركة معاملةٌ صحيحةٌ وليس عقدًا برأسها، وإنما هو وكالةٌ على التحقيق، وإذن كل واحد من الشريكين صاحبه في التصرف في المال المشترك. وفيه ثلاث فصول:

الفصل الأول: في أركانه

وهي ثلاثة:

الأول: المال الذي فيه الشركة

والشركة أنواع، والصحيح واحدة من الشريكين لصاحبه وهي شركة الغنان، اشتقت من غنان الدابة؛ لتساوى جانبيه، فكأنهما يتساويان في العمل والمال، كغنان الدابة، وله شروط:

الأول: أن تجرى في نقد؛ فإن جرت في عروض مشتركة، فالأصح: الجواز؛ إذ لا معنى للشركة إلا الإذن في التصرف، والربح متوزعٌ على قدر المالكين.

والثاني: المنع؛ لأن مقصودهما الاتجار، فأشبه القراض.

الشرط الثاني: الاختلاط؛ فإن كان المال مشتركاً على الشيوع فهو الغرض، وإلا فلا بد من اختلاط يمتنع معه التمييز حتى يقوم مقام الشركة.

فلو اختلفا في النوع، أو في الصنعة، أو في الصيغة: لم يصح؛ لأنه متميزٌ بملكه، وكذلك لو تعدد التمييز، كما لو خلط السمسم بالكتان، ولو خلط الخنطة الحمراء

(١) الشركة في اللغة مصدر من الفعل الثلاثي المزيّد: شارك يشرك شركاً، أو اسم مصدر من الثلاثي المزيّد: شارك يشرك مشاركة، أو من المضعف: شرك يشرك تشريكاً.

وأشهر لغاتها هي: «شركة» بكسر فسكون «وشركة» بفتح فكسر «وشركة» بفتح فسكون. قال الجوهري: وشركت فلاناً: صرت شريكه، واشتركتا، وتشاركنا في كذا، أي صرنا فيه شركاء، والشرك بوزن العلم: الإشارك، والنصيب.

فالشركة: الاختلاط والامتزاج، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكُوا فِي أُمُورِي﴾ [طه: ٣٢]. وقوله تعالى: ﴿فِيهِ شُرَكَاءُ مَتَشَاكِمُونَ﴾ [الزمر: ٢٦]. وقوله ﷺ: [الناس شركاء في ثلاثة: الماء، والكلاء، والنار].

أما اصطلاحاً: فالشركة: عبارة عن ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر، على جهة الشيوع. انظر: الصحاح (١٥٩٣/٤) المصباح المنير (٤٧٤/١) لسان العرب (٢٢٤٨، ٢٢٥٠) ومختار الصحاح (ص ٣٣٦) وشرح فتح القدير (١٥٢/٦).

بالبیضاء ففیه وجهان؛ لأن اتحاد الجنس مع عسر التمييز قد يجعلهما بحکم العرف كالشیء الواحد.

فروع: الأول: شركة المفاوضة باطلّة، خلافاً لأبى حنیفة، وهو: أن لا یخلطاً مالیهما، ولكن یتفاضلان فی الاشتراك فی الغنم والغرم فی کل ما یفید ویوجب غرمًا، وهو فاسد؛ لأن کل واحد متمیز بملکة وجنایته، فكان متمیزاً بشمرته وغرامته.

الثانی: شركة الأبدان باطلّة، خلافاً لأبى حنیفة، وهو: اشتراك الدلائل والحمالین فی أجرة أعمالهم؛ لأن کل واحد متمیز باستحقاق منفعتة، فاخص باستحقاق بدله.

الثالث: شركة الوجوه باطلّة، وهو أن یمیع الوجیه المقبول اللہجة فی البیع مال الخامل بریح، علی أن یمکن بعض الریح له، فالریح کلہ لصاحب المال وله أجرة تعیه إن عمل، وإن لم یصدر منه إلا کلمة لا تعب فیها فلا قيمة لها.

الرابع: إذا کان لواحد بغلة وللآخر راویة، وشارکهما ثالث لیستقی الماء بنفسه ویكون مشترکاً بینهما، فإن استقی ناویاً نفسه: اخص بالملک، ولهما علیه أجرة المثل. وإن قصد الشركة فی الماء، ففیه وجهان، مأخذهما: أن الاستنابة هل تؤثر فی إحراز المباحات حتی یتصرف الملک عن المحرز بالقصد؟ وسنذكره فی الوكالة.

فإن قلنا: تؤثر، فالتوزیع هاهنا علی عدد الرعوس، أو علی قدر أجرة المثل؟ فیه وجهان: فإن قلنا: یتوزع علی عدد الرعوس فیتراجعون بما یتفاوت من أجرة المثل لا بحالة.

ولو استأجر بغلة وراویة ورجلاً للاستقاء، وأفرد کل إجارة بصفقة: فلا شک فی الصحة، وأن الملک فی الماء یقع للمستأجر.

وإن فسدت الإجارة بسبب، قال الشیخ أبو علی: وقع الماء أيضاً للمستأجر، وإن قصد الأجیر أيضاً الماء نفسه لتأثیر العوض، وفيما إذا قصد نفسه مع فساد الإجارة نظر لأنه لا استحقاق ولا قصد من جهة المستقی إلا لنفسه، فینبغی أن یقع له.

وهكذا إذا کان من واحد بذراً، ومن آخر آلة الحراثة، ومن ثالث العمل علی الاشتراك فی الزرع، فالزرع لصاحب البذر ولهما علیه أجرة المثل، ولا طریق للاشتراك فی الزرع إلا الاشتراك فی البذر.

الشرط الثالث: اقتران الخلط بالشركة: فلو عقد عقد الشركة لفظاً، ثم جرى الخلط

بعده: قال الأصحاب: لا يصح، وفيه نظرٌ محتملٌ؛ إذ لا معنى للشركة إلا الإذن، ولا ينقطع الإذن بالخلط الطارئ، ولا يمتنع في حالة الأفراد.

الشرط الرابع: استواء المالكين: شرطه أبو القاسم الأنطاقي وهو هفوة، فلا مستند لاشتراط ذلك أصلاً.

الشرط الخامس: معرفة مقدار النصيب حالة الشركة: وفيه وجهان، ومأخذه: أن الإذن في التصرف مع الجهل بقدر المتصرف فيه على هذا الوجه، هل يصح؟

ولعل الأظهر: الصحة، فالمتفق عليه من جملة الشرائط الخمسة واحداً، وهو: اختلاط المالكين حتى ينزل منزلة المشترك، وما عداه مختلفٌ فيه.

الركن الثاني: صيغة العقد

وهو أن يقولوا: اشتركتنا على أن يتصرف كل واحد منا في مال صاحبه، فيرجع حاصل العقد إلى إذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، فلو اقتصر على لفظ الاشتراك، ففيه وجهان من حيث إن بمجرد العرف إشعاراً بالمقصود وإن لم يصرح به.

الركن الثالث: العاقدان

ويشترط فيهما ما يشترط في الوكيل والموكل، وسيأتى في الوكالة.

نعم. يكره مشاركة أهل الذمة والفساق؛ لأنهم لا يجترزون عن الربا.

الفصل الثاني: في حكم الشركة الصحيحة

ولها ثلاثة أحكام:

الأول: أن يتسلط كل واحد على التصرف بشرط الغبطة:

سواء انفرد باليد أو كان المال في يدهما، ولا يشترط أيضاً كون المال في يدهما؛ لصحة العقد، بل يصح كيف ما كان.

فما يشتره أحد الشريكين بعين مال الشركة يقع مشتركاً، وما يشتره في الذمة على قصد الشركة أيضاً يقع مشتركاً.

الثاني: أن الربح والخسران موزعٌ على نسبة المالكين:

فلو شرط اختصاص أحدهما بمزيد ربح: بطل الشرط ويوزع على قدر الملك، خلافاً لأبي حنيفة.

هذا إذا شرط لمن لا يختص بمزيد عمل، فإن شرط للمنفرد بكل العمل أو ببعض فثلاثة أوجه:

أحدها: الجواز؛ لأنه انضم القراض إلى الشركة، فعلى هذا يشترط انفراد العامل باليد. والثاني: لا؛ لأن المال إذا كان مشتركاً كان هو الركن والعلّة، وعليه حوالة الربح والعمل ساقط العبارة، بخلاف القراض فإنه لا سبب من جهة العامل إلا عمله.

والثالث: أنه إن انفرد بكل العمل: جاز أن يشترط له، فإن انفرد بمزيد بعد التعاون في الأصل: فلا، فإنه لا يدري الربح حصل بأي عمل، فتعينت الإحالة على المال.

الحكم الثالث: أن الشركة جائزة بتفسخ بالموت، والجنون، والتفسخ:

فلو قال أحدهما لصاحبه: عزلتك، انعزل المخاطب دون العازل. ولو قال: فسخت الشركة، انعزل كل واحد منهما، وسببه ظاهر.

فإن قيل: ما معنى فساد الشركة إذا لم يكن عقداً برأسها؟ قلنا: نعنى بالفساد مرة فساد الإذن، ومرة فساد الشرط، وذلك عند شرط التفاوت في الربح، ومرة فوات المقصود، وذلك عند تمييز المالكين؛ إذ العرض لا يقع مشتركاً على حسب المراد، وقد يظهر فائدته في طلب أجرة المثل في العمل الذي صادف نصيب شريكه، إذا كان مختصاً بمزيد عمل.

وأما إذا صحت الشركة، فالأصح: أنه لا يطالب بأجرة المثل وإن اختص بمزيد عمل؛ لأن التبرع يتفاوت، والعمل في الشركة الصحيحة معتاد.

الفصل الثالث: في الاختلاف

وفيه مسألتان: إحداهما: أنه لو ادعى عليه أحد الشريكين الجناية: لم يسمع الدعوى مطلقاً حتى يفصل، فإذا فصلها: فالقول قوله مع يمينه إذا أنكر.

ولو ادعى أن ما في يده مال شركة، فأنكره: فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه صاحب اليد.

ولو قال: كان من مال الشركة ثم خلص لي بالإفراز والقسمة، فأنكر المدعى عليه القسمة: فالقول قوله في إنكار القسمة. وإن اشترى شيئاً ظهر فيه ربح أو خسران، أو تنازعا في أنه اشتراه لنفسه أو للشركة: فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه أعرف ببيته، ويد الشريك يد أمانة ما لم تحن، فلا ضمان عليه إذا هلك.

فإن ادعى هلاكاً بسبب خفي: فالقول قوله؛ لأن إقامة البينة عليه عسير. وإن كان

السبب ظاهراً من حريق أو غارة، فلا بد من إثبات السبب، ثم القول قوله مع يمينه في الهلاك بذلك السبب، هكذا نقل في طريقة العراق.

الثانية: إذا كان بين اثنين عبدٌ مشتركٌ فوكل أحدهما صاحبه ببيعه فباع، ثم ادعى الموكل والمشتري أن الوكيل قبض تمام الثمن، وأنكر الوكيل: فلا خصومة بين الموكل والمشتري إذا اعترف له بتسليم نصيبه إلى الوكيل، ولكن الخصومة بين الموكل والوكيل، وبين الوكيل البائع والمشتري.

فإن تخاصم البائع والمشتري: فالقول قول البائع أنه لم يقبض، فإن حلف أخذ نصيبه ولم يأخذ نصيب الموكل؛ لأنه معزولٌ بقول الموكل: أنه أخذ من قبل، ولا يساهمه الموكل فيما أخذه؛ لأنه ظالمٌ فيما أخذه الآن بزعمه.

ولو شهد الموكل للمشتري على البائع بالقبض ليحلف معه: فشهادته في نصيبه مردودة، وفي نصيب شريكه قولان سيأتي نظائرهما في الشهادات.

أما إذا تحاكم الوكيل والموكل: فالقول قول الوكيل أنه لم يقبض وليس للمشتري أن يشهد الموكل على البائع، فإنه يشهد به على براءة نفسه، فإن نكل الوكيل وحلف الموكل واستحق نصيبه، فكلوكيل مطالبة المشتري بحصته، ولا يسقط ذلك بنكوله ويمين الموكل. وحكى وجه: أنه إذا قيل: إن اليمين المردودة كاليمين، سقطت مطالبته. وهو فاسد.

المسألة بحالها: ادعى البائع والمشتري أن الوكيل قبض تمام الثمن وأنكر: فالمشتري لا يبرأ عن حصة الوكيل البائع، وإن صدق في التسليم؛ لأن الموكل لم يكن وكيله فلا يبرأ بالتسليم إليه، ثم إذا أخذ حصته. فهل للموكل مساهمته؟.

قال المزني: نعم؛ لأنه وكيله وقد أخذ خمسمائة، مثلاً من جملة الألف، فيتخير بين أن يطالب البائع بمائتين وخمسين والمشتري بمائتين وخمسين، وبين أن يأخذ خمسمائة دفعة واحدة من المشتري بعد أن لم يقم بينة على أخذه، كما إذا ادعى عليه.

وقال ابن سريج: لا يرجع؛ لأن الوكيل لما ادعى أن الموكل أخذ الكل فقد عزل نفسه، فلا يقع قبضه محسوباً من جهته، وهو كما قال.

ويبقى لكلام المزني وجه: في أن أحد الشريكين، وإن لم يكن وكيلًا في الاستيفاء، إذا استوفى جزءاً من الثمن لنفسه هل يختص به، أن يقع مشتركاً؛ أخذاً من المكاتب المشترك إذا أدى بعض النجوم؟ فيه خلاف:

فإن قلنا بقول المزني فلا تقبل شهادة البائع للمشتري على قبض الموكل نصيبه؛ لأنه يدفع عن نفسه الرجوع والمشاركة.

وعلى قول ابن سريج له ذلك؛ لأنه لا يجز به نفعاً ولا يدفع به ضراً، والله أعلم.

* * *

كتاب الوكالة^(١)

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركانها

وهي أربعة:

الركن الأول: ما فيه التوكيل

وله ثلاثة شرائط:

الأول: أن يكون قابلاً للنسابة:

وهو: ما لا يتعين بحكمه مباشرة، فقد وكل عليه السلام في الشراء^(٢)، ووكّل عمرو بن أمية

(١) الوكالة: بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال: وكله، أى: فوض إليه. ووكلت أمري إلى فلان، أى: فوضت إليه، واكتفيت به. وتقع الوكالة أيضاً على الحفظ، وهو اسم مصدر، بمعنى التوكيل.

ومنه «الوكيل» من أسماء الله الحسنى، بمعنى: الحافظ، ولهذا قالوا: إذا قال: وكلتك بمالى أنه يملك الحفظ، فيكون فعلاً بمعنى فاعل.

وقيل: التركيب يدل على معنى الاعتماد والتفويض، ومنه التوكيل يقال: على الله توكلنا أى: فوضنا أمورنا إليه. فالتوكيل تفويض التصرف إلى الغير.

وسمى الوكيل وكيلاً؛ لأن الموكل وكلّ إليه القيام بأمره، أى فوضه إليه اعتماداً عليه.

واصطلاحاً: تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. انظر: المصباح المنير (٦٧٠/٢) الصحاح (١٨٤٥/٥) حاشية ابن عابدين (٥٠٩/٥) ومعنى المحتاج (٢١٧/٢).

(٢) ورد فيه حديث عروة بن أبى الجعد البارقى [أن النبى ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة

فاشترى له به شاتين، فباع إحدهما بدينار، فباع بدينار وشاة، فدعا له بالبركة فى بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه] أخرجه: البخارى (٣٦٤٢) وأبو داود (٣٣٨٦، ٣٣٨٥، ٣٣٨٤)

والترمذى (١٢٥٨، ١٢٥٧) وابن ماجه (٨٠٣/٢) والزيلعى (٩١، ٩٠/٤) قال الشوكانى فى نيل الأوطار (٢٧٠/٥): وفى إسناده ما عدا البخارى سعيد بن زيد أخو حماد وهو مختلف فيه

عن أبى لبيد لمارة بن زيار. وقد قيل إنه مجهول لكن قال الحافظ: إنه وثقه ابن سعد. وقال حرب: سمعت أحمد يثنى عليه. وقال فى التقریب: إنه ناصبى جلد. قال المنذرى والنسوى:

إسناده صحيح لمحييه من وجهين. وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقط سمعت الحى يحدثون عن عروة ورواه الشافعى عن ابن عيينة وقال: إن صححت قلت به. ونقل

المنزى عنه أنه ليس بثابت عنده. قال البيهقى: إنما ضعفه لأن الحى غير معروفين. وقال فى-

الضمرى فى نكاح أم حبيبة^(١)، ووكل الجبابة فى أخذ الجزية والصدقات^(٢)، فكان فى معنى الشراء البيع، والإجارة، والسلم، والرهن، والصلح، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والوكالة، والوديعة، والإعارة، والمضاربة، والجعالة، والمساقاة، والقرض، والهبة، والوقف، والصدقة؛ لأنها أسباب شرعت ذرائع إلى المقاصد تكثر الحاجة إلى التوكيل فيها.

وفى معنى النكاح: الخلع، والطلاق، والفسوخ فى العقود، والرجعة على الصحيح.

وفى معنى استيفاء الجزى والصدقات: قبض الحقوق فى الرهن والبيع، وقبض الديون المستحقة.

ولا تجوز النيابة فيما يتعلق القصد بعينه، كالعبادات، فإنها بأعيانها مقصودة فى المتعاطين؛ امتحاناً وتكليفاً، فكيف تقبل التحويل بالتوكيل؟ وكذا المعاصى، كالسرقة، والقتل، والزنا، والغصب، فهى واقعة من التوكيل؛ لأنه مقصودة بالزجر عن عينه فيثبت حكمه فى حقه، فلا يتحول عنه.

موضع آخر: هو مرسل لأن شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروة وإنما سمعه من الحى. وقال الرافعى: هو مرسل. قال الحافظ: الصواب أنه متصل فى إسناده مبهم. انتهى.

وفى الباب عن حكيم بن حزام [أن النبى ﷺ بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشتري أضحية فأربح فيها ديناراً فاشتري أخرى مكانها فباع بالأضحية والدینار إلى رسول الله فقال: ضح بالشاة وتصدق بالدينار] أخرجه الترمذى (١٢٥٧) والمتقى فى كثر العمال (١٢٢٥٣) من طريقين الأول منقطع، والثانى فى إسناده مجهول. انظر: نيل الأوطار (٢٧١/٥).

(١) وذلك من حديث أخرجه: أبو داود (٢١٠٨، ٢١٠٧) والحاكم (٢٢/٤) والنسائى (١١٩/٦) وابن حجر فى تلخيص الحبير (٥٠/٣) وابن سعد فى الطبقات الكبرى (٦٩، ٦٨/٨).

(٢) من ذلك حديث ابن أبى أوفى قال: [أثبت النبى ﷺ بصدقة مال أبى، فقال: اللهم صل على آل أبى أوفى] وقد سبق ترجمته وانظر البخارى (٩٦، ٩٠/٨، ١٥٩/٢) ومسلم (الزكاة ١٧٦).

وحديث أبى هريرة قال: [وكلنى النبى ﷺ فى حفظ زكاة رمضان وأعطى النبى ﷺ عقبة بن عامر غنماً يقسمها بين أصحابه] أخرج مثله البخارى (٢٣١١).

وفى باب عن جابر قال: أردت الخروج إلى خيبر، فقال النبى ﷺ: [إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابنى منك أية فضع يذك على ترقرته] أخرجه: أبو داود (٣٦٣٢)

والبيهقى (٨٠/٦) والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٢٩٣٥) والمتقى فى كثر العمال (٤١٦٣٩) والدارقطنى (١٥٥/٤). قال الشوكانى (٢٦٩/٥): علق البخارى طرفاً منه فى الحمس وحسن

الحافظ فى التلخيص إسناده ولكنه من حديث محمد بن إسحاق. ولهذه الأحاديث شواهد فى الصحيحين. انظر البخارى (١٤٩٦) ومسلم (٥٠/١).

وألحق بفن العبادات: الأيمان، والشهادات، فإن حكم اليمين يتعلق بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم، وليس في التوكيل ذلك. وكذلك حكم الشهادات يتعلق بلفظ الشهادة حتى لا يقوم غيره مقامه، فكيف يتعلق بالساكت عن كلمة أداء الشهادة؟.

ويلتحق باليمين: اللعان، والإيلاء، وكذا الظهار إن قلنا: إن المذهب عليه شوائب الأيمان لا شوائب الطلاق.

واختلفوا في ثلاث مسائل: الأولى الإقرار: وظاهر النص: جواز التوكيل فيه؛ لأنه سبب ملزم لمال، فأشبهه الضمان وغيره، والثاني، وهو قول ابن سريج واختياره: أنه لا يصح؛ لأن الإقرار لا يلزم، وإنما هو حجة وإخبار كالشهادة.

فإن لم يجوز التوكيل به، فهل نجعله مقرا بالتوكيل؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ حملاً لقوله على الصدق. والثاني: لا؛ فإنه لم يقر.

الثانية: التوكيل في تملك المباحات بإثبات اليد، كالاحتطاب، والاصطياد، واستقاء الماء.

وفيه وجهان، منشؤهما: التردد بين قبض الحقوق؛ فإنها قابلة للتوكيل، وقبض المحظورات كالسرقة والغصب؛ فإنه لا يقبل الوكالة.

الثالثة: أن التوكيل بالخصومة لإثبات الأموال والعقوبات للآدميين كحد القذف في القصاص: جائز برضا الخصم ودون رضاه عندنا خلافاً لأبي حنيفة.

ولا يجوز التوكيل بإثبات الحدود لله تعالى؛ فإن الحق لله تعالى، وهو على الدراء مبناه. وهل يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحد القذف؟ لا شك في جوازه في حضور الموكل. وفي غيبته، نص الشافعي، رضى الله عنه، في الوكالة أنه لا يستوفى، وقال في الجنايات: ولو وكل فتنحى به، فعفا الموكل فقتله الوكيل قبل العلم بالعفو، ففي الضمان قولان: فمنهم من قطع بالجواز، كما في حضرته. ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنه إذا حضر ربما رحمه فعفا.

ومنهم من قال: قولان: مأخذهما: أن الإبدال هل يتطرق إليها كالأثبات بالشهادة على الشهادة؛ لأن الوكيل بدل وهو باطل بحال الحضور؟.

الشرط الثاني: أن يكون ما به التوكيل مملوكاً لموكله:

فلو وكله بطلاق زوجة سينكحها، أو يبيع عبد سيملكه، فالوكالة في الحال باطلة؛

لأنه فوض إليه ما لا يملكه.

الشرط الثالث: أن يكون الموكل به مضبوط الجنس، معلوماً.

وفيه أربع مسائل:

الأولى: إذا وكل على العموم، فلو قال: وكلتك بكل قليل وكثير؛ لم يجز؛ لأنه يعظم فيه الغرر، ولو قال: وكلتك بما إلى من تطليق زوجاتي، وعق عبيدي، واستيفاء حقوقي، وقضاء ديوني؛ فهو جائز، لأنه فصل وقيد بما إليه، فانتفى الغرر.

ولو قال: وكلتك بكل قليل وكثير مما إلى من التصرفات، ففيه وجهان؛ لتردده بين المرتبتين.

الثانية: إذا وكل بتصرف خاص، وقال: اشتر لي عبداً تركيا بمائة؛ صح، ولم يشترط وراءه وصفاً قطعاً؛ لأن هذا القدر ينفي الغرر عرفاً.

وإن اقتصر على قوله: اشتر عبداً، فالذهب: المنع؛ لأنه يعظم فيه الغرر. وإن قال: عبداً تركيا ولم يذكر الثمن، ففيه وجهان؛ لتردده بين المرتبتين. واختار ابن سريج صحته؛ لأنه يكون قد وطن نفسه على أعلى الجنس المذكور.

الثالثة: إذا جوزنا التوكيل بالإقرار، فلا يصح حتى يتبين قدر المقر به وجنسه؛ لأن الغرر يعظم فيه.

وإن وكله بالإبراء، فليذكر مقداره، فإن قال: أبرئه من مالي عما لي عليه، وعرفه الموكل دون الوكيل، والمبرأ عنه: حاز، فلا يشترط إلا معرفة المستحق.

ولو قال: بع عبيدي بما باع به فلان فرسه، والموكل عالمٌ بذلك القدر والوكيل جاهل؛ لم يجز، فيعتبر في العقد علم الوكيل؛ لأنه متعلق بالعهد، بخلاف الإبراء.

الرابعة: لو قال: وكلتك بمخاصمة محصية، فيه وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأن الخصومة جنسٌ واحدٌ. والثاني: لا؛ لما فيه من الاختلاف. والأولى تصحيحه.

الركن الثاني: الموكل

وشرطه: أن يكون قادراً على التصرف بنفسه، فلا يصح توكيل المجنون والصبي، والمرأة في عقد النكاح، والفاسق في نكاح ابنته، إذا قلنا: إنه لا يلي والعبد في نكاحه نفسه، ولأب والجد ذلك التوكيل.

وهل للأخ والعم ومن يقتصر إلى الإذن في ذلك؟ فيه وجهان: منهم من ألحقهم

بالوكيل والعبد المأذون، وهما لا يملكان التوكيل فى التصرف المعين إلا بالإذن.

ومنهم من ألحق بالجد والأب.

الركن الثالث: الوكيل

وشروطه: أن يكون صحيح العبارة، فالمرأة مسلوقة العبارة فى النكاح إيجاباً وقبولاً، وكذا المحرم عندنا، والصبي والمحنون مسلوبا العبارة مطلقاً.

والأصح: أن المحجور عليه بالتبذير صحيح العبارة، وكذا المحجور عليه بالفلس، فيصح توكيلهم.

وذكروا فى توكيل العبد بقبول النكاح، وتوكيل المرأة بتطليق غيرها، وتوكيل الفاسق بالإيجاب فى النكاح: وجهين إذا قلنا: بأنه لا يلى مع القطع بأنه يتوكل فى القبول. وينبغى أن يطرد الوجهان أيضاً فى إيجاب العبد فى النكاح.

والأسد: الجواز فى الكل؛ إذ لا خلل فى نفس العبارة، وإنما امتنع الاستقلال لمعنى لا يقتضى منع الوكالة.

الركن الرابع: الصيغة

وفيه مسألتان:

إحدهما^(١): أن الإيجاب لا بد منه، وهو قوله: وكلتك، أو أذنت لك، أو ما يقوم مقامه.

وفى القبول ثلاثة أوجه: أحدها: لا يشترط لأنه تسليط وإباحة، فأشبهه إباحة الطعام. وفى طريقة العراق: أنه لا بد من القبول، ثم يكفى التراضى والقبول بالفعل، وهذا عين إسقاط القبول بتنزيله منزلة الإباحة. والثانى: أنه يشترط؛ لأنه عقد كالعقود.

والثالث: قال القاضى: إن قال: بع، وطلق، وأتى بصيغة الأمر فهو كالإباحة. وإن قال: وكلتك، أو أنتك فهذا من حيث الصيغة يستدعى قبولاً لئلا يتنظم.

وقد أطلق الأصحاب أن الوكيل لو عزل نفسه ينعزل.

وعلى رأى القاضى: يحتمل أن يقال: لا تأثير لرد الوكالة، كما لا تأثير لرد الإباحة. ويحتمل أن يقال: الإباحة تبطل بالرد، فيحتاج إلى استئنافها بعد ذلك.

(١) فى الأصل (إحديهما) وهو خطأ والمثبت من أصل آخر.

إن قلنا: لا يشترط قبوله، ففي اشتراط علمه وجهان مرتبان على انزاله بالعزل دون علمه، وأولى بأن يشترط.

فإن قلنا: يشترط علمه، ففي اشتراط اتصاله بالوكالة مقتراً وجهان.

الثانية: تعليق الوكالة بالشروط، فيه خلاف مشهور:

منهم من بناء على اشتراط القبول، فإن التعليق معه لا ينتظم.

قال الشيخ أبو محمد: إن لم يشترط القبول جاز التعليق؛ لأن الحاجة قد تمس إليه، وإن شرطنا القبول فوجهان، فإنما يجوز تعليق الخلع، وقد شرط فيه القبول، فإن أفسدنا التعليق فوجد الشرط.

قال العراقيون: جاز التصرف بحكم الإذن، وفائدة فساد الوكالة سقوط المسمى إن سمي له أجره، وقطع الشيخ أبو محمد بأن الإذن ليس منفصلاً عن الوكالة، فمعنى فسادها بطلان الإذن.

فروعان: أحدهما: لو قال: وكلتك الآن، ولكن لا تباشر التصرف إلا بعد شهر، أو بعد قدوم فلان: قطع العراقيون بالجواز، وقالوا: ليس هذا تعليقاً، إنما هو تأخير فيجب عليه الامتنال، وبه قطع الشيخ أبو محمد.

الثاني: إذا قال: كلما عزلتك فأنت وكيلى، وجوزنا التعليق، عاد وكَيْلاً، فطريقه فى العزل أن يقول: كلما عدت وكيلى فأنت معزول حتى يتقاوم العزل والوكالة، ويكون الأصل منع التصرف.

الباب الثانى: فى حكم الوكالة الصحيحة

ولها أربعة أحكام:

الحكم الأول: وجوب الموافقة والامتنال

ويعرف ذلك من موافقة اللفظ ولا يعرف بمجرد، بل قد يوافق اللفظ ولا يصح؛ لمخالفة المقصود، وقد يخالف اللفظ فيصح؛ لموافقة المقصود.

فأما ما يوافق اللفظ فى عموميه ويمتنع بمخالفة المقصود، فذلك فى الوكيل المطلق وفيه صور:

الأولى: أن الوكيل بالبيع مطلقاً لا يبيع بالعرض ولا بالنسيئة ولا بما دون ثمن المثل، ولا بثمان المثل إن قدر على ما فوقه، فإن فعل شيئاً من ذلك لم يصح تصرفه عند

الشافعي، رضى الله عنه؛ لأن قرينة العرف عرفت هذه المقاصد، فنزل منزلة اللفظ، فهو كما إذا أمره بشراء الجمد في الصيف فلا يشتريه في الشتاء، وإذا أمره بشراء الفحم في الشتاء فلا يشتريه في الصيف؛ تركاً لعموم اللفظ بقرينة الحال، فيجب أن يبيع بالنقد الغالب وثمان المثل، فإن باع بثمان المثل فطلب في مجلس الخيار بزيادة، ففى وجوب الفسخ وجهان فصلناهما في كتاب الرهن.

الثانية: أن يبيع ممن شاء من أقاربه، ولا يبيع من نفسه عند الإطلاق.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يبيع ممن ترد شهادته له، وذلك وجه لأصحابنا مشهور في طريقة العراق.

والصحيح: أنه ينفذ مهما راعى الغبطة، ويبيع من نفسه خارج عنه بقرينة العرف.

نعم، لو صرح بالإذن في بيعه من نفسه، فقد ذكر ابن سريج وجهين، القياس الظاهر: صحته.

ووجه المنع: أنه يتحد البائع والمشتري، والبيع فعل شرعي متعد إلى مبتاع ومبيع، فلا يقوم إلا بمفعولين.

وطرد ابن سريج هذا في ابن العم، أنه هل يتولى طرفي النكاح لنفسه، وكذا الوكيل في النكاح؟.

وطرد هذا في قطع اليد بإذن الإمام سرقة وقصاصاً، وإقامة الحد إذا تعاطاها من عليه بالإذن، وكذلك من عليه الدين إذا قال له المستحق قبض لي من نفسك، وقال: لو وكله من عليه الدين بإبراء نفسه: جاز.

وطرد العراقيون الوجهين فيه، ولعل منشأه: أنه إذا قيل: هل يفتقر إلى القبول؟ يلتحق بسائر التصرفات، وإلا فما ذكره ابن سريج ظاهر.

وكذا الخلاف في الوكيل بالخصومة من الجانبين: أنه هل يصح؟.

ولا خلاف أن الأب يتولى طرفي البيع في مال ولده، وذلك من خاصية الأبوة. وفي تولى الجد طرفي النكاح على حفدته الوجهان، ولو كان وكيلاً بالبيع والشراء من الطرفين فينبغي أن يخرج على الوجهين، فإن التناقض فيه لا يزيد على بيعه من نفسه.

ولو وكل عبداً ليشتري له نفسه من مولاه: صح، وفي طريقة العراق وجه: أنه لا يصح؛ لأن توكيل العبد كتوكيل المولى؛ فإن يده يده، ولو وكله ليشتري له من نفسه: لا

يجوز على أحد الوجهين، وهو ضعيف.

نعم، قال صاحب التقريب: لو أضاف العبد الشراء إلى موكله: وقع عنه، ولو أطلق: وقع عن العبد وعق؛ لأن قوله: «اشتريت» صريحٌ في اقتضاء العتق، فلا يتحول إلى الملك بمجرد النية.

ولو وكل العبد أجنبياً ليشتري له نفسه من سيده، فإن صرح بالإضافة إلى العبد: صح، وإن أضر: وقع عنه؛ لأن السيد لم يرض بالعتق، والنقل إلى العبد كالإعتاق.

الثالثة: للوكيل بالبيع إلى أجل، إن فصل له الأجل: لم يزد، وإن أذن مطلقاً في الأصل، فوجهان: أحدهما: البطلان؛ لأنه مجهولٌ، والأصح: الصحة، ثم يتقيد بشرط الغبطة.

وقيل: لا يزيد على سنة، فإنه أجل الشرع في الجزية والزكاة، وهو ضعيف.

الرابعة: الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك تسليم المبيع قبل توفير الثمن؛ لأنه لم يؤذن له فيه، فإن وفر على المالك: جاز التسليم لأنه مستحق، فعليه الأداء أن لا يمنع من الحق؛ لأنه ملكه بالتوكيل.

وكذلك التوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن ويملك قبض المشتري؛ لأن العرف يدل عليه، وهو يملك قبض ثمن المبيع المعين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يأذن وتعين ملكه بالقبض يستدعي أمراً محددًا.

والثاني: نعم؛ لأنه من توابع البيع كقبض المشتري المعين، فكذلك الخلاف في أن الوكيل بالخصومة في إثبات حق، هل يملك استيفاء؟ والوكيل بالاستيفاء هل يملك الخصومة؟ فيه ثلاثة أوجه، الثالث: أن الوكيل يثبت الحق لا يملك الاستيفاء، أما الوكيل بالاستيفاء فيملك الخصومة؛ لأنه من جملة الاستيفاء.

وكذا الخلاف في أن الوكيل بالشراء إذا توجه الدرك بالثمن عند خروج المبيع مستحقاً، هل يخاصم في استرداد الثمن؛ لأنه من التوابع؟.

ولا خلاف في أنه لا يملك الإبراء عن الثمن، خلافاً لأبى حنيفة، ويقرب من هذا الأصل الخلاف في أنه هل يملك إثبات الخيار وشرطه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنه لم يؤذن له فيه. والثاني: نعم؛ لأنه من توابع العقد ومصلحه. والثالث: أنه يملك في الشراء؛ للحاجة إلى التروى، ولا يملك في البيع.

الخامسة: الوكيل المطلق بالشراء إن اشترى عبداً معيناً يساوى ما اشتراه به: فإن جهل العيب: وقع عن الموكل، وإن علمه فثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأن صيغة العبد عام. والثاني: لا؛ لأن العرف يخص بالتسليم. والثالث: أن ما لا يجزئ في الكفارة لا يقع عن جهته، فقله: اشترى رقبة، كقول الله، تعالى: ﴿فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ﴾.

أما إذا كان لا يساوى ما اشترى به، فإن علم العيب: لم يقع عن الموكل؛ لأنه مخالف، وإن جهل فوجهان:

أحدهما: لا، كما لو كان يغبى ولم يعرف. والثاني: نعم؛ لأن الغيب لا تدارك له، وإيقاع هذا عنه ووقوعه على رضا الموكل ممكن.

التفريع: إذا اشترى المبيع بثمن المثل، وقلنا: يقع عنه فللموكل الرد، وهل للوكيل الرد بالعيب؟

نظر: إن لم يكن العبد معيناً من جهة الموكل، فالظاهر: أن له لذلك؛ ليخرج عن العهدة، فيكون من توابع العقد ومصلحه. وفيه وجه حكاه صاحب التفريع عن ابن سريج: أنه لا يملك، وهو متجة قياساً، بل يرجع إلى الموكل.

أما إذا كان العبد معيناً من جهة الموكل، فوجهان مشهوران، ووجه الفرق: أنه قطع بالتعيين نظره، فلعل له فيه غرضاً يجبر العيب إذا علمه.

فإذا أثبتنا الخيار للوكيل، فإذا رضى الموكل: سقط خيار الوكيل، فإن رضى الوكيل: لم يسقط خيار الموكل، فلو عاد الوكيل بعد الرضا: جاز على أحد الوجهين؛ لأن رضاه كان ساقطاً.

وفيه وجه: أنه لم يجز له الرد، فلو أراد الوكيل الرد، فادعى البائع رضا الموكل: فعليه البينة، أو يحلف الوكيل أنه لا يعلم رضا الموكل، ويرد؛ ليخرج عن العهدة. أما إذا كان الوكيل عالماً بالعيب، وقلنا: يقع عن الموكل: فلا رد له، وهل للموكل الرد؟ فيه وجهان.

ووجه المنع: أن علم الوكيل كعلم الموكل، كما أن رؤيته تمنع الموكل من خيار الرؤية، فإن قلنا: له الرد، فإذا رد هل يتحول العقد الآن إلى المشتري؟ فيه وجهان: ووجه المنع: أنه وقع في الابتداء عن الموكل فلا يعقل انتقاله.

السادسة: الوكيل المطلق بتصرف معين لا توكل فيه، ولو فوض إليه تصرفات لا يطبقها: فثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنه لم يؤذن له، فليفعل ما يقدر عليه وليترك الباقي. والثاني: نعم؛ لأن قرينة الحال يدل على أنه أراد تحصيله منه بطريقة. والثالث: أنه لا يوكل في القدر الميسور، ويوكل في الباقي.

أما إذا أذن له في التوكيل بأن قال: بع، أو وكل عني، فله أن يوكل أميناً، فلو وكل خائناً: لم يصح؛ لأنه خلاف الغبطة.

فإن كان أميناً فخان، فهل للوكيل عزله؟ فيه وجهان. ثم إذا قال: وكل عني، فوكل أميناً، فالوكيل الثاني وكيل الموكل لا ينعزل بعزل الوكيل.

فإن قال: وكل عن نفسك، فيه وجهان: أحدهما: أن الوكيل الثاني وكيل الوكيل كما صرح به. والثاني: وكيل الموكل؛ لأن الوكيل لا يملك، فكيف يكون له وكيل؟.

إن قلنا: إنه وكيل الوكيل، فله عزله، وسبيل الموكل إلى عزله بعزل الوكيل الأول، فإن خصصه بالعزل فوجهان.

وإن قلنا: إنه وكيل الموكل، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول. وهل ينعزل بموته؟ وجهان. ووجه الانعزال: أنه فرغ على الجملة.

ولو قال: بع أو وكل، ولم يقل: عن نفسك، أو عني، فعلى أيهما يحمل؟ على وجهين.

هذا كله في الوكيل المطلق، أما الوكيل المقيد فيجب عليه أن يتبع قيود التوكيل ولا يخالف، وفيه صور:

الأولى: لو قال: بع من شخص مخصوص، أو في مكان مخصوص، أو بنقد مخصوص، أو وقت مخصوص، أو أجل مخصوص: لم يجوز له أن يتعدى إلى ما نهاه عنه، ولا إلى ما سكت عنه، إذا تصور أن يكون له في المخصوص غرض.

وفي تخصيص المكان الذي لا يظهر فيه تفاوت ثمن، وجه آخر أنه لا يجب اتباعه، ويحمل التخصيص على وفاق.

فلو قال: بع بمائة، ولا تبع بما فوقه: لا يبيع بما فوقه. ولو قال: بع بمائة واقتصر عليه: لا يبيع بما دونه، ويبيع بما فوقه؛ لأنه امتثل ما أمر، وزاد خيراً فلم تكن مخالفة، كذلك إذا قال: اشتر بألفين، فاشتره بألف: صح؛ لأنه زاده خيراً، إلا إذا نهاه عما دون الألفين.

ولو قال: بع بألف درهم، فباع بألف دينار: لم يصح قطعاً؛ لأنه مخالفة ففسى الجنس. واللفظ لم يدل عليه، فيبقى ميله طبعاً إليه، فهو كما قبل التوكيل.

ولو قال: بع بالنسيئة بمائة، فباع بمائة نقدًا، فوجهان:

أحدهما: أنه اختلاف جنس، فلا يحتمل. والثاني: أنه يصح؛ لأنه زاده مكان المطالبة في الحال، فهذا زيادة قدر.

الثانية: إذا سلم إليه دينارًا وقال: اشتر به شاة، فاشتري به شاتين، وكل واحدة تساوي دينارًا، أو دينارًا ونصفًا: لم يجوز؛ لأنه ربما يغني شاة تساوي دينارًا. فلو اشترى شاتين، كل واحدة يساوي دينارًا فقولان: أصحهما: الصحة. لما روى أنه، عليه السلام: «دفع دينارًا إلى عروة ليشتري له شاة، فاشتري شاتين، وباع إحداهما بدينار وجاء بالدينار والشاة، فقال، عليه السلام: «بارك الله لك في صفقة بمينك»^(١).

فإن قيل: فما قولكم في بيع الشاة الثانية؟ قلنا: ذكر ابن سريج قولين، ووجه الفساد: يخرج إلى تأويل الحديث وحمله إلى أنه كان وكيلًا مطلقًا في التصرفات، ووجه الصحة: يعضد قول وقف العقود.

ويمكن أن يقال: جرى هاهنا لفظ يدل على أن الذي جرى يوافق الرضا، فلم يكن كوقف العقود، بل يصح في الحال.

والقول الثاني: أنه لا يصح، وهذا لا وجه له مع الخبر. ولو قال: بع هذا العبد بمائة، فباع بمائة وعبد آخر يساوي مائة: فقولان مرتبان، وأولى بالمنع؛ لأنه جمع بين جنسين. فإن قلنا: لا يقع عنه، فوجهان؛ أحدهما: أنه يفسد.

والثاني: أنه يصح في نصف العبد، فكأنه قال: بع العبد بألف، فباع نصفه بألف: صح؛ لأنه زاده خيرًا.

الثالثة: لو وكله بشراء عبد بألف، فاشتري نصفه بأربعمائة: لم يقع عنه، فلو اشترى النصف الباقي بأربعمائة أخرى: لم ينقلب إليه الكل بعد انصرافه عند ابتداء، وفيه وجه لا يعتد به.

أما إذا قال: اشتر لي عشرة أعبد بصفقة واحدة فليشتر من شخص واحد، فلو اشترى من أشخاص في صفقة واحدة، فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع. والثاني: نعم؛ لأن المقصود أن يكون الكل مجموعًا في ملكه.

(١) سبق ذكر الحديث وتخرجه.

أما إذا قال: اشترى عشرة أعبد مطلقاً، فله أن يشتري في صفقات، وفي صفقة كيف شاء.

الرابعة: إذا وكله بشراء فاسد: لم تصح الوكالة، ولا يستفيد بها الشراء الصحيح. ولو قال: خالغ زوجتي على حمري، ففعل: وقع الخلع، كما لو تعاطاه بنفسه، فلو خالغ على خنزير فوجهان؛ أحدهما: لا يصح؛ لأنه مخالف.

والثاني: نعم؛ لأن قوله في التعيين فاسد، إنما الصحيح أصل الخلع، حتى لو خالغ على عوض صحيح: نفذ الخلع وفسد العوض، وكذا في الصلح عن الدم.

الخامسة: الوكيل بالخصومة لا يقر على موكله؛ لأن اللفظ لا يتناول وضعاً وعرفاً، بخلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، ولا تقبل شهادته لموكله؛ فإنه متهم، فإن شهد بعد العزل وكان قد انتصب مخاصماً في الوكالة: لم تقبل؛ لأنه صار ذا غرض طبعي في تصديق نفسه وتمشية قوله، وإن لم ينتصب فعزل: سمعت شهادته.

وقال الأصحاب: ليس له أن يعدل شهود خصم الموكل، كما لا يملك الإقرار، وهذا ضعيف؛ لأنه لم يستفد التعديل من الوكالة، فإنه يعدل من غير وكالة.

نعم، لا يجعل تعديله وحده كإقرار الموكل بعد التهم، ولا وجه لما أطلقه الأصحاب، إلا أنه بتعديل الشهود مقصر في الوكالة وتارك حق النصح والغبطة له.

السادسة: إذا قال: خذ مالي من فلان فمات: لم يأخذه من ورثته؛ لأنه قد رضى بيد ورثته. ولو قال: خذ مالي من الحق على فلان: جاز أن يأخذ من ورثته؛ لأن قصده استيفاء الحق، وكذلك لو وكل العدل في بيع المرهون، وهو حنطة، فأتلفها أجنبي فأخذ مثلها: لم يكن له بيعها؛ لأن الإذن لا يتناول البدل.

السابعة: لو وكل رجلين بالخصومة، فهل لكل واحد الاستبداد؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، كالوصيين والوكيلين في التصرف. والثاني: نعم؛ لأن العرف في الخصومة يجوز ذلك.

الثامنة: إذا سلم إليه ألفاً وقال: اشتر بعينها عبداً، فاشترى في الذمة: لم يقع عن الموكل؛ لمخالفته. ولو قال: اشتر في الذمة، وأصرف الألف فيه، فاشترى بعينها فوجهان:

ووجه التصحيح: أنه لم يتفاوت، إلا أنه يفسخ العقد بتلفه، فلا يلزمه الألف عند التلف. ولو اشترى في الذمة للزمه في التلف والبقاء، فقد زاده خيراً.

ولو سلم للألف وقال: اشتر عبدًا مطلقًا، فعلى ماذا يحمل؟ فيه وجهان، فإن حملنا على الشراء بعينه: لم يجز الشراء في الذمة.

التاسعة: إذا قال: بع من زيد بألف، فباع بالفين لم يجز؛ لأن له في مسامحته غرضًا بعد التعيين، إلا إذا علم خلافه بالقرينة.

وإن وكله في بيع عبد بألف فباع نصفه بألف: جاز، ولو كان بما دون الألف: لم يجز؛ لأن الباقي ربما لا يشتري بما يكمل الألف.

ولو قال: بع ثلاثة أعبد بألف، فباع واحدًا بما دون الألف: لم يجز؛ لأن الباقي ربما لا يشتري بما لا يكمل الألف، ولو باع بألف: جاز، وهل يبقى وكيلًا في بيع الباقي؟ وجهان: أحدهما: لا؛ لحصول المقصود.

والثاني: نعم، كما إذا باع دفعة واحدة بالفين مع القدرة على بيع واحد بألف. فإن قال: اشتر العبد بمائة ولا تشتريه بخمسين: لم يشتري بالخمسين ولا بما فوق المائة، ويشتري بما بين الخمسين والمائة، وهل يشتري بما دون الخمسين؟ وجهان. ولو قال: اشتر العبد بمائة، فاشتري بمائة وعشرة، لم يقع عن الموكل، وقال ابن سريج: يقع ويلتزم الوكيل من عنده عشرة، وهو باطل. بما لو باع العبد المأذون في بيعه بمائة، بتسعين: فإنه لا يصح البيع؛ اعتمادًا على ضمان العشرة، وقال الإمام: ما ذكره ابن سريج له وجه، فإن من قال لغيره: بع دارك من فلان ولك على عشرة جاز على أحد الوجهين، وكذلك فعله ينزل على هذا؛ إذ ليس يرد عليه إذا قال: بع بمائة فباع بتسعين؛ لأن الوكيل والموكل في التزامه المال بأن يبيع بتسعين.

فإن قيل: فحيث خالف الوكيل، ما حكمه؟ قلنا: إن خالف في البيع: لبطل أصلًا، وإن خالف في الشراء واشتري بعين مال الموكل: أيضًا بطل، وإن كان في الذمة: وقع عن الوكيل، إلا إذا صرح بإضافة إلى الموكل، ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه يلغى إضافته.

والثاني: أنه يبطل من أصله؛ لأنه لا يحتمل كلامه مع التصريح بإضافته إليه، بخلاف المطلق.

الحكم الثاني للوكالة: ثبوت حكم الأمانة للوكيل

حتى أن ما يتلف في يده من المبيع والتمن والمشتري: لا يضمه إذا لم يتعد، فلو طوّل بالرد فامتنع: عصي وصار ضامنًا، ولو انتفع بالمبيع: أيضًا صار ضامنًا، فلو باع بعد التعدى: صح ولم يضمّن الثمن وإن قبضه؛ لأنه لم يتعد في عيبه.

ولو وكل يبيع شيء يساوي عشرة، فباع بتسعة: يجوز؛ لأن هذا القدر يتغابن الناس بمثله، والاحتراز عنه عسير، فلو باع بثمانية: لم يصح العقد ولا يضمن إذا لم يسلم؛ لأنه هذيان صدر منه ولم يتعلق بالعين، فيصح بيعه بعد ذلك بالعشرة، فلو باع بثمانية وسلم: فقد تعدى، والموكل يسترد المبيع إن كان باقياً، وإن تلف في يد المشتري: ضمن المشتري عشرة، وله أن يطالب الوكيل أيضاً، ولكن بكم يطالبه؟ فيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: بالعشرة، وهو الأظهر، والثاني: بتسعة؛ إذ لو باع وسلم إليه لبرئ عنه.

والثالث: أنه يطالبه بدرهم، والباقي يتعين المشتري بمطالبته؛ إذ كان تنقطع المطالبة بأن يبيع بتسعة، فإذا باع بثمانية قد نقص درهم. والصحيح هو الأول.

ثم كل ما ضمنه الوكيل يرجع به على المشتري؛ لأنه تلف في يد المشتري، فالقرار عليه.

والوكيل في السلم إذ أبرأ المسلم إليه عن المسلم فيه، ولم يعترف بكونه وكيلاً: نفذ الإبراء ظاهراً ولا ينفذ باطناً، وضمن الوكيل للموكل إن قلنا: إن الحيلولة بالقول سبب الضمان، ثم يضمن له قيمة رأس المال، فإن الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، بخلاف ما لو باع عيناً وأبرأ عن الثمن؛ فإنه يضمن مبلغ الثمن لا قيمة المبيع.

ومهما طوّل الوكيل أو المودع بالرد فكان في الحمام أو مشغولاً بالطعام: لم يعص بهذا القدر من التأخير، وهو ظاهرٌ بالعرف، ولكن قال الأصحاب: لو تلف في هذه المدة: ضمن، وإنما جاز له التأخير لغرض نفسه بشرط سلامة العاقبة.

وهذا منقذٌ إذا كان التلف بسبب التأخير، وبعبارة إذا لم يكن التأخير سبباً فيه.

الحكم الثالث: العهدة والمطالبة

ولها ثلاثة مواضع:

الأول: في الشراء، فالوكيل بالشراء إن سلم إليه الثمن كان مطالباً بتسليم ما سلم إليه، وإن لم يسلم الموكل إليه شيئاً وأنكر البائع كونه وكيلاً: فله مطالبته، وإن اعترف بكونه وكيلاً، فتلاثة أوجه ذكرها ابن سريج:

أحدها: أنه المطالب، فإنه العاقد. والثاني: أنه لا يطالب إلا الموكل فإنه الممتلك، والوكيل سفير. والثالث: أنه يطالب أيهما شاء، ثم إن طالب الوكيل فالأصح: أنه يرجع على الموكل، وفيه وجه: أن قوله: اشترى. اقتراح هبة، فهو كقوله أد ديني، وفي الرجوع ثم خلاف.

الموضع الثاني: إذا خرج المبيع مستحقاً وقد تلف الثمن في يد الوكيل، فالمشتري يطالب من؟ فيه الأوجه الثلاثة:

أحدها: الوكيل فقط، فإنه تلف في يده. والثاني: الموكل، فإنه سفيرٌ من جهته. والثالث: يطالبهما جميعاً، ثم قرار الضمان على من؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على الوكيل، إذا تلف في يده، فالموكل يرجع عليه. والثاني: على الموكل؛ لأن الوكيل كان مأموراً من جهته. والثالث: لا يرجع أحدهما على صاحبه، بل كل من طوّل استقر عليه.

الموضع الثالث: الوكيل بشراء العبد إذا قبض العبد المشتري، وتلف في يده وخرج مستحقاً يطالب البائع لا محالة، وفي مطالبته للوكيل والموكل الأوجه الثلاثة.

وكذا الخلاف في القرار، وتقرير الضمان على الموكل هاهنا أبعد؛ لأنه لم يسبق منه تغيرٌ، بخلاف التوكيل في البيع.

الحكم الرابع للوكالة: الجواز

فهو جائزٌ من الجانبين، وينعزل الوكيل بثلاثة أسباب:

الأول: عزل الموكل إياه بمشهد منه، وإن كان في غيبته، فينعزل مهما بلغه الخبر، وقيل: بلوغ الخبر قولان:

المنصوص: أنه ينعزل؛ لأنه يفتقر إلى رضاه، فلا يفتقر إلى حضوره وعلمه.

والثاني: لا؛ لأنه لا يوثق بتصرفه لتصور عزله دون معرفته، فصار كالقاضي.

وفي القاضي وجه: أنه ينعزل في الغيبة، وهو بعيد، فإن عزل القاضي بغير سبب لا يجوز، وعزل الوكيل جائزٌ، ولا خلاف في أن الموكل لو باع ما وكل في بيعه، أو أعتق: انعزل الوكيل ضمناً.

فإن قلنا: ينفذ عزله في الغيبة فليشهد الموكل عليه؛ فإنه لا يسمع بمجرد قوله بعد نصرف الوكيل.

السبب الثاني: عزل الوكيل نفسه وتعديه في مال الوكالة: ليس رداً للوكالة، بل يبقى وكيلاً على الأصح، وإن صار ضامناً بإنكاره الوكالة هل يجعل إنشاءً للرد؟ فيه ثلاثة أوجه، والأصح: هو الثالث، وهو: أنه إن قال ذلك عن نسيان أو لغرض في إخفاء الوكالة، فلا يكون عزلاً، وإن أنكر مع العلم، فهو رد للوكالة من جهته.

الثالث: أن يخرج الموكل بالجنون أو الموت عن أهلية التوكيل، أو الوكيل عن أهلية الامتثال بالجنون والموت. والأصح: أنه لا ينعزل بالإغماء، وينعزل بالجنون وإن قل. وقيل: لا ينعزل بهما. وقيل: ينعزل بهما جميعاً.

فلو وكل عبده ثم أعتقه، أو باعه، أو كاتبه، ففي انعزاله ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لعدم الإذن وبقاء الأهلية.

والثاني: نعم؛ لأن أمره محمولٌ على الاستخدام، وقد بطل محلية الاستخدام في حقه.

والثالث: أنه ينظر إلى لفظه: فإن قال: وكلتك: بقي بعد زوال سلطنته، وإن قال: بع واشتر بصيغة الأمر: فهو محمولٌ على الاستخدام.

الباب الثالث: في تنازع الوكيل والموكل

وتنازعهما في ثلاثة مواضع:

الأول: التنازع في أصل الوكالة أو صفتها

كقول الوكيل: وكلتني، فقال: ما وكلتك. أو قال: وكلتني ببيع الكل، فقال: بل بالبيع. أو قال: أذنت لي في البيع بالنسيئة، فقال: بل بالنقد، أو قال: أذنت في الشراء بعشرين، فقال: بل بالعشرة. فالقول في جميع ذلك قول الموكل؛ لأن الأصل عدمه.

فرعان: أحدهما: إذا باع الوكيل بالنسيئة وأنكر البائع الإذن في الأجل: فإن كان المبيع قائماً استرد والقول قوله. ولو أنكر المشتري كونه وكيلاً: لم يقبل قول الموكل عليه، بل يحلفه على أنه لا يعلم كونه وكيلاً من جهته، فإذا حلف فللموكل مطالبة الوكيل بقيمة السلعة، ثم إذا انقضى الأجل فللوكيل أن يطالب المشتري بالثمن ويأخذه بما غرمه، فإن زاد على ما غرمه فالزيادة لا يدعيها لنفسه، ولا البائع ولا المشتري فماذا يصنع به؟ وفي مثله خلاف مشهور.

فإن كذب الوكيل نفسه أيضاً وقال: صدق الموكل، لم يكن له أن يطالب إلا بأقل الأمرين من الثمن أو القيمة؛ ليجبر حق نفسه مما غرم.

الثاني: إذا اشترى جارية بعشرين، فقال الموكل: ما أذنت إلا في عشرة، فالقول قوله، فإن كان اشترى بعين ماله: فهو باطل، وإن اشترى في الذمة واعترف البائع بالوكالة: فكمثل، فإن أنكر الوكالة: لم يقبل قوله على البائع، ويغرم الوكيل للموكل ماله مهما حلف على أنه لم يأذن، وتبقى الجارية في يد الوكيل فيتلف الحاكم بالموكل ويقول له:

لا يضرك أن تقول للوكيل: بعثك الجارية بعشرين؛ حتى تسلم لك العشرون، فإن قال ذلك حصل الغرض.

فإن قال: إن كنت قد أذنت لك، فلو بعثك، ففي هذه الصيغة وجهان: أحدهما، وهو ظاهر كلام المزنئ: الصحة؛ لأن هذا من مقتضى الشرع وإن لم يصرح.

وإن أبى الموكل ذلك، قال المزنئ: يبيع الوكيل الجارية ويأخذ ما غرم من ثمنها. وقال الإصطخري: وجهان:

أحدهما: ما قاله المزنئ، والثاني: أنه يملك ظاهرًا وباطنًا بناءً على ما إذا ادعى على غيره: أنك اشتريت داري فأنكر وحلف، فيستحب للمشتري أن يقول: إن كنت اشتريته فقد فسخت، فإن لم يقل فالبائع على قول: يبيع الدار ويأخذ ثمنها، وعلى قول: يملكه ويكون إنكاره كإفلاسه فهو أحق بعين ماله.

قال أبو إسحاق: لا يملك الجارية قولاً واحداً، وهو الصحيح، بخلاف مسألة الدار، فإن تعذر الثمن ثبت الرجوع إلى المبيع، وهما لا معاملة بين الوكيل والموكل، فعلى هذا الوجه أن يقال: قد ظفر بغير جنس حقه فيأخذه بحقه، ويقطع بهذا القول هاهنا؛ لأن من له الحق لا يدعي لنفسه، بخلاف ما إذا ظفر بغير جنس حقه من مال من يدعى المال لنفسه.

النزاع الثاني: في التصرف المأذون فيه

فإذا قال الوكيل: بعث، أو أعتقت أو اشتريت، وأنكر الموكل^(١) فقولان:

أحدهما: القول قول الوكيل؛ لأنه مأذون أمينٌ قادرٌ على الإنشاء وهو أعرف به والثاني: القول قول الموكل؛ إذ الأصل عدمه، وقوله: «بعث»، إقرارٌ على الموكل فلا يلزمه. وكذا الخلاف إذا وكله بقضاء الدين فقال: قضيت.

أما إذا ادعى الوكيل تلف المال في يده، فالقول قوله؛ لأنه أمينٌ، فإقامة البينة عليه غير ممكن.

ولو ادعى الرد على الموكل، فكذلك القول^(٢) قوله؛ لأنه ينبغي دفع العهدة عن نفسه لا إلزام الموكل شيئاً، وطرد المرازمة هذا في كل يد هي أمانة في حق من صدر منه

(١) في الأصل المعتمد عليه «الوكيل» وهو خطأ، والمثبت من أصل آخر.

(٢) الكلمة مطموسة في الأصل والمثبت من أصل آخر مع ط دار السلام.

إثبات اليد، كيد الرهن، والإجارة، والوكيل بالجعل، وذكر العراقيون في كل ذلك وجهين.

هذا مع القطع بأن الوكيل لو مات فادعى وارثه الرد: لم يصدق؛ لأنه ليس مؤتمناً من جهته، وكذا الولى والوصى إذا ادعى رد المال إلى الطفل بعد البلوغ، وفى الولى وجه: أنه يصدق.

نعم، أشهر الخلاف فى أن ما صرفه إلى نفقته فى صغره هل يطالب بالإشهاد عليه، أم يصدق بمجرد يمينه؛ لأن فى إقامة البينة عليه نوع عسر؟

والملتقط، ومن طير الريح ثوباً فى داره، هؤلاء لا يصدقون فى دعوى الرد بمجرد اليمين، أما إذا ادعى الوكيل الرد على رسول الموكل والمودع، فالظاهر: أنه لا يصدق، وفيه وجه: أن الرسول كالمرسل، فيجب على الموكل التصديق؛ لأنه أمين.

لرفع: من يصدق فى دعوى الرد، فلو طولب بالرد هل له التأخير بعذر الإشهاد؟ وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه مصدق يمينه، والودائع تخفى غالباً. والثانى: نعم؛ لأنه يريد أن يتورع عن اليمين الصادقة.

وأما من عليه الدين فله أن يؤخر الإشهاد إن كان دينه ثابتاً ببينة، وإن لم يكن: قال العراقيون: هو كالوديعة؛ إذ يمكنه أن يقول: لا يلزمنى شيء فيصدق يمينه مما ادعى عليه. وقال المرازقة: له تكليف الإشهاد.

ولو قال لوكيله: لتقضى دينى، فليشهد على القضاء، ليكون مراعيًا للغبطة، فإن لم يشهد، وكان فى غيبة الموكل، ضمن مهما أنكر المستحق، وإن كان فى حضرة الموكل، فوجهان.

وإذا قال: سلم وديعتى إلى وكيلى، فإن سلم بحضرته ولم يشهد: لم يضمن، وإن كان فى غيبته فوجهان.

فإن قيل: فمن فى يده المال أو عليه الحق، إذا اعترف لشخص بأنه وكيل المستحق بالاستيفاء، فهل يجب عليه التسليم دون الإشهاد؟

قلنا: يجوز التسليم ولا يجب؛ لأن الموكل لو أنكر وكالته لم تحصل براءة من عليه الحق، وقال المزنى: يلزمه؛ لأنه اعترف بكونه مستحقاً للاستيفاء بالوكالة، فصار كما لو كان فى يده مال ميت اعترف لشخص بأنه وارثه لا وارث له سواه: لا يطالبه بالإشهاد، بل يجب عليه التسليم.

والفرق بينهما: أنه اعترف للوارث بالملك، ولا يتوقع من غير المالك دعوى يعتد به، أما هاهنا فالإنكار من جهة الموكل المالك متوقع.

نعم، لو قال: لفلان على ألف من جهة حوالة أحوالها على رجل آخر: ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجب التسليم دون إقامة حجة على الحوالة؛ لأنه اعترف بالاستحقاق، بخلاف صورة الوكالة.

والثاني: لا؛ لأنه لم يجعله متأسلاً في الاستحقاق، بل زعم أنه تحول إليه من جهة مستحق، ففعل المستحق ينكر.

النزاع الثالث: في استيفاء الثمن

وقد أطلق العراقيون فيه قولان، كما في البيع والعق.

والتفصيل فيه عند المرازمة: أنه إن ادعى الموكل الثمن على المشتري، فقال الوكيل: قبضت وتلف في يدي، فلا يجب تصديقه؛ لأنه ليس يدعى على الوكيل شيئاً فلا يتعرض الوكيل لغرم بسبب دعواه، إلا إذا نسبته إلى تسليم المبيع دون إذنه، فالقول قوله؛ حتى لا يتعرض للغرم، فإن حلف فهل يרא المشتري بحلفه؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه صدق في استيفاء الثمن. والثاني: لا؛ لأن يمينه حجة دافعة عنه، لا يصلح لتبرئة ذمة المشتري.

أما إذا ادعى الموكل على الوكيل أنه قبض الثمن فأنكر الوكيل، فالقول قوله، فلو أقام الموكل بينة على القبض، فادعى الوكيل تلفاً أورداً قبل الجحود: لم يصدق؛ لأنه صار خائناً بالجحود.

فإن أقام بينة فالأصح: أنه لا يقبل؛ لأن البينة تبتنى على الدعوى، ودعواه مناقضة لقوله الأول وجحوده، فلا يسمع.

ولو أقام البينة على تلف بعد الجحود: فكذلك على أحد الوجهين، ولو أقام البينة على رده بعد الجحود: قبل؛ لأنه إذا ثبت كونه غاصباً فأقصى ما عليه أن يرد ويشهد، فكيف تكلفه أمراً يزيد عليه؟.

كتاب الإقرار

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة: المقر، والمقر له، والمقر به، وصيغة الإقرار.

الركن الأول: المقر

وهو ينقسم إلى قسمين مطلق، ومحجور عليه؛ ونعني بالمطلق: المكلف الذي لا حجر عليه. فيقبل إقراره على نفسه بكل ما يتصور منه التزامه له؛ لقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] الآية، وقوله ﷺ: «قولوا الحق ولو على أنفسكم»^(١).

وأما المحجور عليه: فأسباب الحجر ستة: الصبا، والجنون، والتبذير، والرق، والفلس، والمرض.

أما الصبا والجنون: فيقتضيان حجراً مطلقاً عن سائر الأقارير، نعم لو أقر الصبي بالتبذير والوصية، قيل: إن جعلناه من أهلها. ولو قال: بلغت بالاحتلام: صدق؛ لأنه لا يقدر على إقامة بينة، ولم يحلف؛ إذ لا فائدة في تحليفه؛ فإنه إن كذب فالصبي لا يأثم بالحلف.

وإن قال: بلغت بالسن: لم يقبل؛ لأن تاريخ المواليد يعرف، إلا الصبي المجهول الخامل، ففيه تردد واحتمال، ولعل الأظهر: الاعتماد على الإثبات في حقه، كما فعلناه في صبيان الكفار؛ لأجل الضرورة.

(١) الحديث لم أجد بهذا اللفظ، وروى نحوه بلفظ [قل الحق ولو على نفسك] الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٢٥/٩) وابن حجر في تلخيص الحبير من حديث علي بن الحسين بن علي عن حده علي بن أبي طالب، وفي هذا الإسناد انقطاع كما سبق ذكره (١٢٦٥).

وبلفظ [قل الحق وإن [ولو] كان مرأ] أخرجه السيوطي في الدر المنثور (٢٢١/٢) وابن كثير في تفسيره (٤٢٥/٢) والزبيدي (٣١١/٦) والهيتمي في موارد الظمان (٩٤) والمنذرى في الترغيب والترهيب (٥٣١/٣) والمتقى الهندي في كنز العمال (٤٤١٥٨) وأبو عيم في حية الأولياء (١٦٨/١) والعجلوني في كشف الخفا (١٤٨/٢).

وبلفظ [قل الحق ولا تحف [ولا يأخذك] في الله لوم] الزبيدي في إتحاف السادة (٩٥/٧، ٢٦٢/٦)

أما التبذير: فلا يوجب حجراً عن الإقرار بموجبات العقوبات؛ لأنه قادرٌ على التزامها. وإقراره بالأموال غير مقبول، كما مضى في كتاب الحجر.

وفى إقراره بالإتلاف للمال خلافاً، ولا يقبل إقراره بالنكاح؛ لأنه لا يستفيد به، وفيه التزام مال، ويقر بالطلاق؛ لأنه يستقل به، وكذا بالعفو عن القصاص وبالنسب. والسفينة إذا أقرت بالنكاح: ففيه تردد، من حيث إنها بالسفينة ربما ترق نفسها في غير موضع.

أما الفليس: فلا يوجب حجراً إلا في الإقرار بما يفوت حق الغرماء، وفي إقراره بدين مستند إلى ما قبل الحجر أو بإتلاف مال في الحال، إذا قلنا: إن المتلف عليه يضارب الغرماء لو ثبت إتلافه بالحجر، فيه قولان سبق ذكرهما في كتاب التفليس. ثم ما يرد من إقراره لحق الغرماء في الحال، فالصحيح: أنه يطالبه به بعد فك الحجر لا محالة.

أما الرق: فلا يوجب حجراً عن الإقرار بالعقوبات؛ لأنه مكلفٌ قادرٌ على التزامها، ولا نظر إلى إبطاله حق السيد؛ لأنه غير متهم فيه.

وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر، والمزني، رحمهم الله: لا يقبل إقراره. نعم، اختلف قول الشافعي، رضي الله عنه، أنه لو أقر بسرقة قطعت يده فإنه غير متهم، فهل يتعلق المسروق برقبته؟ على قولين: أحدهما: لا؛ لأنه يرجع إلى المال، والثاني: بلى.

وأما إقراره بإتلاف مال يوجب التعلق برقبته، ولا يوجب عقوبة: فهو مردودٌ إن لم يصدق السيد، ثم الصحيح: أنه يطالب به بعد العتق.

أما إقراره بدين المعاملة: فلا يقبل في حق سيده إلا إذا كان مأذوناً في التصرف، فيتعلق ما أقر به بماله.

وإن أقر المأذون بمال مطلق، فالظاهر: أنه لا يقبل إذا لم يسنده إلى المعاملة، ومنهم من نزل المطلق على المعاملة.

ثم لو حجر السيد عليه فأقر بأنه كان لزمه دينٌ قبل الحجر، فالظاهر: أنه لا يقبل؛ لأنه لا يقدر على الإنشاء في هذه الحالة.

وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً: أنه يقبل، فإنه لا يؤمن أن يحجر السيد عليه لما عرف إحاطة الديون به، وهذا يعارضه أنه لا يؤمن أن يكذب العبد على سيده مهما حجر عليه أبد الدهر.

أما المرض: فلا يوجب الحجر عن الإقرار في حق الأجانب بالإجماع، وفي حق الوارث قال الشافعي، رضى الله عنه: من أجاز إقرار الوارث: أجازته، ومن أبى: رده. فمن الأصحاب من قال: هذا ترديد قول من الشافعي، رضى الله عنه، ففى المسألة قولان.

ومنهم من قطع بالصحة، وهو الصحيح، بخلاف لأبى حنيفة؛ لأنه لا مأخذ للرد إلا التهمة، وحالة المرض حالة انتفاء التهم، كيف ولو تبني ولدًا وحرّم به ابن عمه المكاشح لقب، وكلام الشافعي، رضى الله عنه، محمولٌ على حكاية مذهب الغير.

ثم إن قلنا: إنه مردودٌ، فلو أقر لأخيه وله ابنٌ، ثم مات ولا ابن له، أو أقر ولا ابن له ثم ولد له ابنٌ، فلا اعتبار بحال الإقرار، أو بحال الموت؟ فيه خلاف مشهور.

فروع ثلاثة: أحدها: لو أقر فى المرض بأنه وهب من الوارث قبل المرض وسلم: فمنهم من قال: لا يقبل قولاً واحداً؛ لأنه أقر بما لا يقدر على إنشائه فى الحال. واختيار القاضى: أنه يقبل؛ لأنه لو ثبت صدقه لتنفيذ، فليكن له طريقٌ إلى الخلاص بالصدق على نفسه.

الثانى: لو أقر بعين ما فى يده لغيره، ثم أقر يدين: فالإقرار بالعين مقدمٌ؛ لأنه أقر بالدين ولا مال له. ولو قدم الإقرار بالدين، فوجهان:

أحدهما: تقديم العين؛ لأنه مات ولا مال له والإقرار بالدين لم يحجر عليه فى ماله فى حال حياته، ولذلك كان ينفذ تصرفاته فيه.

والثانى: أنهما يتزاحمان على التساوى؛ إذ لأحدهما قوة التقدم وللآخر قوة الإضافة إلى العين.

وكذلك لو أقر فى حياته بدين مستغرق، وأقر وارثه عليه بعد موته بدين آخر، فقولان: أحدهما: يستبد الأول، وإقرار الوارث إقرارٌ بعد الحجر، وهذا يقرب من القولين فى إقرار المفلس.

وكذا الخلاف فيما يتجدد من دين بعد موته، بتردى إنسان فى بئر حفره فى حياته، أنه هل يقتضى مضاربة ما ثبت فى الحياة من الديون؟ فكذا الخلاف فى الوارث إذا أقر بإقرارين متوالين أن اللاحق هل يزاحم السابق؟

الثالث: إذا ادعى إنسان أنه أوصى له بالثلث، وآخر أنه أقر له بألف، والميراث ألف، فصدقهما الوارث: قال الصيدلاني: يصرف إلى الدين؛ لأن قوله كقول المورث.
وقال أكثر الأصحاب: إن أقر بالوصية أولاً يسلم للموصى له بالثلث، والباقي للدين.
وإن جاء معاً قسم الألف بينهما على نسبة الأرباح، كما إذا أقر لواحد بالألف ولآخر بثلث الألف.

الركن الثاني: المقر له

وله شرطان:

الأول: أن يكون محلاً للاستحقاق: فلو قال: لهذا الحمار على ألف: بطل إقراره، ولو قال: بسببه على ألف: جعل إقراراً للمالكه، كأنه استأجر منه.
ولو قال: لهذا العبد على ألف: فهو إقرارٌ لسيده.

ولو قال: للحمل الذي في بطن فلانة على ألف عن جهة وصية له، أو عن إرث له: صح، فإنه مقصور، وإن أطلق ولم يذكر السبب، فظاهر النص: أنه لا يقبل؛ لأنه يعد الاستحقاق للحمل فيحمل على الوعد.

والقول الثاني، وهو الأقيس، ومذهب أبي حنيفة، رحمه الله: أنه يصح، وينزل على ما يمكن.

ولو أضافه إلى جهة معاملة، وقلنا: لا يقبل المطلق، فهذا أول، وإن قبلنا المطلق فهذا كقوله: لفلان على ألف من ثمن الخمر، وسيأتي.
وقيل: إن هذا هزلٌ محضٌ، فلا يقبل قولاً واحداً.

فرعان: أحدهما: لو خرج الحمل ميتاً طولب بتفسير إقراره، حتى إن كان وصية رد إلى ورثة الموصى، وإن كان إرثاً صرف إلى بقية ورثة المورث، وهذه مطالبة ليس يتعين مستحقها؛ إذ لا يدري أنها لمن هي؟ فلعل للقاضي ذلك بطريق الحسبة.

وإن خرج حياً وزاد على واحد، سوى في الوصية بين الذكر والأنثى، وفضل في الميراث الذكر على الأنثى.

الثاني: لو انفصل لما دون ستة أشهر من وقت الإقرار: فهو له، ولو انفصل لما فوق أربع سنين: فلا يصرف إليه، ولو كان لما بينهما، فقولان: أظهرهما الصرف؛ اعتماداً على الظاهر.

الشرط الثاني: أن لا يكذب المقر له: فإن كذب لم يكن تسليم المال إليه، فيقرر في يد المقر، أو يأخذه القاضي على رأى. فإن رجع المقر له: يسلم إليه، وإن رجع المقر: لم يؤثر؛ لأنه ثبت بإقراره استحقاق القاضي أو المقر له.

وقيل: إنا إذا قلنا: يقرر في يده، فرجوعه مقبولٌ بشرط أن لا يرجع المقر له بعده، فإن رجع تبينا بطلان رجوعه وبطلان تصرفاته.

الركن الثالث: المقر به

وشرطه: أن يكون مما يستحق جنسه، وأن يكون في يد المقر وولايته وتختص به، ولا يشترط كونه معلوماً، ولو أقر بما في يد غيره فهو دعوى أو شهادة، وليس بإقرار.

ولا يشترط أن يكون في ملكه؛ لأن الإقرار ليس بمزيل، بل شرطه أن لا يكون في ملكه، حتى لو شهد بأنه أقر وكان ملكه إلى أن أقر: بطلت الشهادة.

ولو قال: هذه الدار ملكي، وهي الآن لفلان: فهو إقرارٌ باطلٌ.

ولو قال: هذه الدار لفلان، وكانت ملكي إلى الإقرار، أخذناه بصدر كلامه وألغينا آخره المناقض له، ولو قال: داري لفلان، أو مالى لفلان فهو باطلٌ، نص عليه الشافعي، رضى الله عنه، ولم يحمل على أن قوله: داري، أراد به إضافة السكون أو المعرفة، وإن كان لذلك اتجاه.

فرع: لو شهد بحرية عبد في يد غيره، فلم تقبل شهادته، فأقبل على شرائه: صحت المعاملة، وفي حقيقتها ثلاثة أوجه: أحدها: أنه شرائه. والآخر: أنه فداء.

والثالث: أنه بيعٌ من جانب البائع، فداءً من جانب المشتري، وهو الأسد، ويشتى عليه ثبوت الخيار لهما جميعاً.

والأصح: أن لا يثبت للمشتري؛ لأنه ليس يثبت له ملكٌ فيه بموجب قوله: لا؛ كشرائه القريب، فإن الأودنى ذكر: أنه يثبت الخيار للمشتري، لأنه يملك أولاً ثم يعتق عليه.

أما العبد إذا اشترى نفسه فلا خيار له ولا لبائعه منه قطعاً؛ لأنه عقد عتاقة، فهو كقوله: أنت حر على مالى.

ونقل الربيع قولاً: أن هذه المعاملة لا تصح من السيد وعبده، وهو بعيد.

وإن شهد أنه غصبه من فلان ثم اشتراه: لم يصح الشراء، إن صححنا بطريق الفداء؛

إذ ليس فيه تخليص العبد، ثم الولاء في المشهود بحريته موقوف لا للبائع ولا للمشتري، فلو مات العبد: قال المزني: له أن يأخذ من ماله مقدار الثمن الذي بذله؛ لأنه إن كذب في الشهادة فالمال إكساب عبده؛ فجميعها له، وإن صدق فهو للبائع بحكم الولاء، وقد ظلمه بأخذ الثمن منه، وقد ظفر بماله فيأخذه.

ومن الأصحاب من خالفهم؛ لأنه يأخذه على تقدير أنه مظلوم، وهو غير مصدق في الجهة. وما ذكره المزني أقوم.

الركن الرابع: صيغة الإقرار

فإذا قال: على لفلان، أو عندي لفلان ألف: فكل ذلك التزام، فلو قال المدعى: لي عليك ألف، فقال: زن، أو زنه، أو خذ، أو خذه: لم يكن إقراراً.

وقال صاحب التلخيص: قوله: «زن» إقرارٌ دون قول: «زن»، وهو بعيد.

ولو قال: بلى، أو أجل، أو نعم، أو صدقت: فكل ذلك إقرارٌ.

ولو قال: أنا مقر به: فهو إقرار، ولو قال: أنا مقر، ولم يقل: «به»، فلا؛ لأنه ربما يكون مقراً بطلان قوله، ولو قال: أنا أقر به: قال الأصحاب: هو إقرارٌ.

قال القاضي: صيغة للوعد بالإقرار، فليس بإقرار، بخلاف قول الشاهد: «أشهد»، فإنه صيغة تعتد بها، ودلت القرينة على أنه للحال لا للوعد.

ومنهم من قال: وإن سلم أنه وعد، فالوعد بالإقرار إقرارٌ.

فرع: لو قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال: بلى، فهو إقرار، ولو قال: نعم، فليس بإقرار، معناه: نعم ليس لك على ألف. وقال الشيخ أبو محمد: لا فرق بينهما، فإن استعمالهما في وضع اللسان على وجه واحد شائع.

ولو قال: أعطني عبدي هذا، أو اشتري مني عبدي هذا، فقال: نعم، فهو إقرارٌ بالعبد.

ولو قال: لي عليك ألف، فقال: لعل، أو عسى، أو أظن، أو أقدر: لم يكن إقراراً؛ لأن كل ذلك للشك.

الباب الثاني: في الأقاير المجملة

وألفاظها كثيرة، والذي يقصد بيانه عشرة الفاظ:

اللفظ الأول: الشيء: فإذا قال: لفلان على شيء: فيقبل تفسيره بكل ما ينطلق عليه اسم الشيء مما هو مالٌ.

فلو فسر بما لا يتمول ويتصور المطالبة به، كجلد الميتة، والسرقة^(١)، والكلب المعلم: فوجهان: أحدهما: لا يقبل؛ لأنه ليس بحال، والثاني: نعم؛ لأنه شيء وهو عليه؛ إذ فيه اختصاصه للمالك ويجب رده.

فإن فسر به بحر وخنزير، فالظاهر: أنه لا يقبل؛ إذ لا يلزم به مطالبته، وفيه وجه: أنه يقبل.

ولو فسر بحبة حنطة، أو سمسم، أو فصة ثومة فوجهان، وظاهر النص: أنه مقبول؛ لأنه شيء وهو واجب الرد.

ومنهم من قال: لا يقبل، وبنوا عليه أنه لا يسمع الدعوى بها، ولا المطالبة بردها، وهو بعيد، أما إذا فسر به برد جواب سلام، وعبادة مريض: فلا يقبل بحال.

فإن قيل: لم صح الإقرار المحمل دون الدعوى المحملة؟

قلنا: لا فرق بينهما؛ إذ يطالب المدعى ببيان الدعوى، ويطالب المقر أيضاً.

نعم، لو امتنع المدعى من البيان فهو تارك حق نفسه، ولو امتنع المقر من البيان ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يحبس إلى البيان، كمن أسلم على عشر نسوة.

والثاني: أنه يجعل ناكلاً عن الجواب واليمين، حتى يحلف المقر له ويستفيد بإقراره تحول اليمين إليه فيحلف على ما يدعيه.

والثالث: أنه يقال للمدعى: أتدعي ما شئت، وتعرض اليمين عليه فيحلف على ما يدعيه، فإن نكل ردت عليك، وهذا إبطال لفائدة التفسير.

ثم لو فسر المقر بدرهم، مثلاً، فقال المدعى: بل أردت بالشيء عشرة، فالأصح: أن دعوى الإرادة لا تقبل.

وكذا لو ادعى: أن فلاناً أقر لي بعشرة دراهم، لم يسمع، بل يقال: ينبغي أن تدعى عشرة حتى تحلف على عين الحق، لا على إقرار يحتمل الصدق والكذب، بخلاف الشاهد يشهد على الإقرار، فيسمع؛ لأنه قد لا يطلع على حقيقة الملك.

اللفظ الثاني: إذا قال: غصبت فلاناً على شيء، ثم قال: غصبت نفسه: لم يقبل.

ولو قال: غصبت الخمر أو الخنزير، قال الشافعي، رضي الله عنه: قبلت التفسير،

(١) [السُّرْقَيْن]: السَّرْحَيْن: الزبل. (معرب). انظر: المعجم الوسيط (١/٤٢٥، ٤٢٨).

وأرقت الخمر، وقتلت الخنزير.

ولو قال: له عندى شيء، قال الأصحاب: هو كما لو قال: غصبت.

وقال الشيخ أبو محمد: قوله: «له» إثبات ملك، فلا يقبل تفسيره بالخمر والخنزير.

اللفظ الثالث: المال: فإذا قال له: على مال: قبل تفسيره بأقل ما يتمول، ولم يقبل تفسيره بالكلب والسرجين والخنزير وما لا يتمول، ولو فسر بمستولدة، فالأظهر: أنه يقبل؛ لأنه مال.

ولو قال: مال عظيم أو كبير: فهو كالمال، ولا تأثير لهذه الزيادة فكل مال عظيم وكثير بالإضافة.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يقبل تفسير العظيم إلا بمائتى درهم.

ومن الأصحاب من قال: لا بد وأن يذكر لوصفه بالعظيم وجهاً، من عظم فى الجثة، أو الحرم أو يزيد على أقل ما يتمول بشيء؛ ليظهر له فائدة، وذلك خلاف نص الشافعى رضى الله عنه.

اللفظ الرابع: الأكثر: فإذا قال: له على أكثر من مال فلان: قبل تفسيره بأقل ما يتمول، على معنى: أن الحلال أكثر من الحرام، أو ما فى الذمة أبقى.

ولو قال: أكثر مما شهد به الشهود على فلان: فكمثل، ومعناه: أن ذلك زور، ولو قال: أكثر مما قضى به القاضى: فكمثل.

ومنهم من أبى هذا فى القضاء، وقال: يجب تنزيهه على الصدق.

ولو قال: أكثر من الدراهم التى فى يد فلان، وفى يده ثلاثة، ففسر بثلاثة: يقبل، ويكون الأكثر للمرتبة، ولو فسر بأقل منه، قال الجماهير: لا يقبل، وقال الشيخ أبو محمد: يقبل؛ تنزيلاً على المرتبة.

اللفظ الخامس: كذا: إذا قال: لفلان على كذا، فهو كما لو قال: شيء، فيفسر بما مضى، ولو قال: كذا كذا، فهو تكرار. ولو قال: كذا وكذا، فهو كقوله: شيء وشيء، فقد جمع بين مبهمين.

أما إذا قال: كذا درهم، يلزمه درهم واحد، وكذا إذا قال: كذا كذا درهم، فيكون تكريراً؛ والراجح درهم، ولو قال: كذا وكذا درهم، نقل المزنى قولين:

أحدهما: أن الواجب درهم، فكأنه عقب مبهمين ببيان واحد. والثاني: درهمان، فكأنه فسر كل واحد منهما به.

وقال أبو إسحق المروزي وجماعة: المسألة على حالتين، فإن قال: كذا وكذا درهمًا: لزمه درهمان؛ لأنه نصب على التفسير؛ فيكون تفسيرًا لكل واحد.

وإن قال: كذا وكذا درهم، بالرفع: لزمه درهم واحد، وقال أبو حنيفة: يلزمه بقول: كذا درهمًا: عشرون درهمًا، ويقول: كذا كذا درهمًا: لزمه أحد عشر درهمًا، ويقول: كذا وكذا درهمًا: أحد وعشرون درهمًا؛ مراعاة لمطابقة اللفظ، فأقل الدرهم ينتصب الدرهم بعده، على هذا النظم. ولو قال: كذا درهم صحيح، فقد سلم أنه لا يلزمه مائة، وإن كان الدرهم لا ينكسر إلا بعده وبعد نصف درهم، وعنه احتزنا بالصحيح.

اللفظ السادس: ذكر المبين عقيب مبهم: كقوله: له على ألف ودرهم؛ فالأول عندنا مبهم يرجع في تفسيره إليه، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: صار مفسرًا، إذا كان العطف بين المكيلات والموزونات، وسلم أنه إذا قال: ألف وثوب، يبقى الألف محملًا.

أما إذا قال: ألف درهم وخمسة عشر درهمًا: فالدرهم بيان؛ لأنه لم يثبت بنفسه، وخمسة عشر اسمان جعلًا اسمًا واحدًا، فلا يختص بالبيان بالعشر عن الخمس.

ولو قال: ألف ومائة وخمسة وعشرون درهمًا: فالدرهم تفسير للكل؛ لما ذكرناه.

وقال الإصطخري وهو: تفسير الأخير، وما سبق محمل، فإنه مقطوع عنه بواو العطف، وهو متروك عليه؛ لأنه على خلاف عادة الحساب، وإذا قال: له درهم ونصف: ففي النصف وجهان، ولعل الأصح أيضًا: أنه مفسر بالدرهم.

اللفظ السابع: الدراهم: إذا قال: له على درهم: يلزمه درهم فيه ستة دوايق، عشرة منها تساوى في الوزن سبعة مثاقيل وهي دراهم الإسلام في الدية وغيرها، فلو فسر بعدديات فيها أربعة دوايق، إن كان متصلًا قبل، فكأنه قال: درهم إلا دانقين.

وفيه وجه: أن هذه الصيغة لا تصلح للاستثناء، فلا تقبل، وإن كان منفصلًا: لم يقبل، إلا إذا كان في بلد يعتاد التعامل بها: فوجهان.

أحدهما: ينزل عليه كما في البيع. والثاني: لا؛ لأن البيع إيجاب في الحال، والحال حال التعامل، والإقرار إخبار عن سابق ليس يدرى متى وجب، فيرعى أصل الشرع فيه.

والتفسير بالدرهم المغشوشة كالتفسير بالنقص، ولو فسر الدراهم بالفلوس: لم يقبل.

أصلاً، ولا فرق بين أن يقول: على دراهم، أو دريهمات، أو دراهم صغاراً، فيما قدمناه من الوزن.

وإذا قال: دراهم، فمن حيث العدد لا ينزل على أقل من ثلاثة دراهم.
وإذا قال: مائة درهم عدداً: لزمه الجمع بين الوزن والعدد، فلو أتى بخمسين عدداً يساوي مائة درهم وزناً، فقد ترددوا فيه.

فروع: لو قال: له على من درهم إلى عشرة، فثلاثة أوجه:
أحدها: أنه يلزمه ثمانية، فلا يدخل الحدان فيه. والثاني: تسعة، فيدخل الحد الأول.
والثالث: عشرة، فيدخل الحدان.

اللفظ الثامن: في معنى الإضافة إلى الظرف: وله أربع صور:

الأولى: أن يقول: له عندى زيت في جرة، وسمن في بستوقة، وسيف في غمد: لا يكون مقرا بالظرف خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. وكذا لو قال: عندى بستوقة فيها سمن، وغمد فيه سيف، وجرة فيها زيت: لا يكون مقرا إلا بالظرف، وكذلك إذا قال: له عندى عبد على رأسه عمامة ودابة على ظهرها سرج: لا يكون مقرا بالسرج والعمامة. كما لو قال: له عندى عمامة على رأس عبد، وسرج على ظهر فرس: لا يكون مقرا بالفرس والعبد. وقال صاحب التلخيص: إنه إذا قال: عبد على رأسه عمامة: يلزمه العمامة، بخلاف الفرس عليه سرج؛ لأن ما في يد العبد لسيدته، وهو الذى أورد فى طريقة العراق.

وأنكر المرازقة هذا الفرق وزيفوه؛ إذ ينقدح أن يقول: عبد على رأسه عمامة لى: كيف وقد صرحوا بأنه لو قال لفلان فى يدي دار مفروشة: لم يلزم الفرش وإن جعله صفة؟ وما كان فى دار الإنسان فهو فى يده.

وذكر العراقيون فى الثوب المطرز وجهين، أنه هل يكون إقراراً بالطراز إذا كان الطراز يعمل بعد النسج؟.

ولو قال: له عندى خاتم، وجاء بخاتم وعليه فسه، وقال: ما أردت الفص: فوجهان، الأظهر: أنه مقر به؛ لأن الاسم شامل.

ولو قال: له عندى جارية، فجاء بجارية فى بطنها جنيناً وادعى كونه جنيناً له: فوجهان مرتبان، وهاتنا أولى بأن لا يؤخذ بالجنين، بل من يؤخذه يأخذه من التبعية فى البيع.

ولو قال: له عندى قص فى خاتم، أو جنين فى بطن جارية: لا يكون مقرا بالجارية والخاتم.

الصورة الثانية: إذا قال: له عندى ألف درهم فى هذا الكيس: لا يكون إقراراً بالكيس، ثم إن لم يكن فى الكيس شيء: يلزمه ألف. وإن كان، ولكنه ناقص عن ألف؟ قال أبو زيد: لا يلزمه إلا ما فى الكيس؛ للحصر.

وقال القفال: يلزمه الإتمام، كما لو لم يكن فى الكيس شيء.

إما إذا عرف بالألف واللام وقال: له عندى الألف الذى فى الكيس، فإن كان ناقصاً، فالأظهر: أنه لا يلزمه الإتمام؛ للحصر، ولو لم يكن فيه شيء.

حكى الشيخ أبو على قولين، وقربهما من القولين فيما إذا قال: لأشربن ماء هذه الإداوة ولا ماء فيها، أن اليمين هل تنعقد؟ فإن قلنا: اليمين تنعقد، فهاهنا يصح الإقرار ويلزمه. وإن قلنا: لا تنعقد، فالإقرار هاهنا لغو.

الصورة الثالثة: أن يقول: لفلان فى هذا العبد ألف درهم، أو له من هذا العبد ألف درهم: يطالب بتفسيره.

فإن قال: وزن فيه ألف درهم، فيقول: وكم وزنت أنت؟ فإن قال: ألفاً، فالعبد بينهما. وإن قال: ألفين، فالعبد أثلاث. وإن قال: وزن هو ألفاً فى عشرة، واشترت الباقي أنا بألف: صدق فى الكل؛ لأنه محتمل.

وقال مالك: يسلم للمقر له مقدار ما يساوى ألفاً من العبد، وما بقى يبقى للمقر.

وإن قال: جزء العبد عليه بألف، فيثبت موجه. ولو قال: هو مرهون عنده بألف، فوجهان: أحدهما: لا يقبل؛ لأن الدين فى الذمة لا فى العبد.

والثانى: يقبل؛ لأن الإضافة إليه معقولة كما فى جناية العبد.

الصورة الرابعة: إذا قال: له فى هذا المال ألف، أو فى ميراث أبى ألف: لزمه الألف.

ولو قال: له فى مالى ألف، أو فى ميراثى من أبى ألف: لم يلزمه الألف؛ لإضافته إلى نفسه ويفيد الوعد بالهبة. هذا هو الظاهر المقطوع فى طريقة العراق.

ونقل صاحب التقريب والقاضى من نص الشافعى، رضى الله عنه، فى قوله: له من مالى ألف، أنه يلزمه، بخلاف ما إذا قال: فى ميراثى من أبى، فإنه لا يلزمه.

ثم قالوا: اختلف الأصحاب على طريقين، منهم من قال: قولان بالنقل والتخريج، ومنهم من فرق.

وقال القاضي: الفرق بالعكس أولى؛ لأنه إذا قال: في ميراثي من أبي احتمل أن يكون الدين على أبيه، والميراث له؛ لأن الدين عندنا لا يمنع من صحة الإرث.

ثم قال الشيخ أبو علي: أخطأ بعض الأصحاب بطرد الطريقين فيما إذا قال: لفلان من دارى نصفها؛ فإن الشافعي، رضي الله عنه، نص أنه لو قال: دارى لفلان، كان الإقرار باطلاً؛ لإضافته إلى نفسه، فلا فرق بين النصف وبين الكل، وإنما السديد المعقول ما نقل في طريق العراق.

اللفظ التاسع: في تكرير المقر به:

إذا قال: على درهمٍ درهمٍ درهم: لا يلزمه إلا درهم واحد؛ لأنه محتملٌ للتكرار. ولو قال: درهمٌ ودرهمٌ: لزمه درهمان؛ لأن «الواو» منع التكرار^(١). ولو قال: على درهم ودرهمان: لزمه ثلاثة دراهم.

ولو قال: درهم فدرهم: لزمه درهم، أي فدرهم لازم^(٢)، أو خيرٌ منه. ولو قال: أنت طالق فطالق: يقع طلقان؛ إذ لا ينقدح فطالقٌ خيرٌ منه. ونقل ابن خيران الجواب من المسألتين وجعلهما على قولين.

ولو قال: درهم ودرهم درهم، وقال: أردت بالثالث تكرار الثاني: قبل. ولو قال: أردت تكرار الأول: لم يقبل. وعند الإطلاق يلزمه ثلاثة.

ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق، ولم ينو شيئاً، فقولان: أحدهما: أنه يقع طلقان، ويجعل الثالث تكرار الثاني. والثاني: أنه يقع ثلاث؛ لأنه لم يقصد التكرار.

فنقل ابن خيران قولاً إلى الإقرار، حتى لا يلزم عند الإطلاق إلا درهمان. ومن فرق عول على أن التأكيد يليق بالطلاق الذي هو إنشاءٌ دون الإخبار.

(١) هذا لأن كل حرف وضع في اللغة ليكون دليلاً على معنى مخصوص كما هو الحال في الأسماء والأفعال، ولم توضع «الواو» لتكرار اللفظ لمعنى واحد يوجب إخلاءه عن الفائدة، بل للعطف والاشتراك على أن يصير كل واحد من المذكورين كأنه مذكور وحده.

(٢) هذا لأن «الفاء» في أصل الوضع للوصل مع التعقيب، وهي أيضاً توجب الترتيب.

ولو قال: درهم ثم درهم، فكلمة «ثم»^(١) كالواو في قطع التأكيد. ولو قال: درهم فوق درهم، أو تحت درهم، أو تحته درهم أو فوقه درهم، أو مع درهم، أو معه درهم: فلا يلزمه إلا درهم واحد، والباقي يكون على تأويل ملك المقر. أى: درهم فوق درهم لى.

وفى نظيره فى الطلاق يقع طلقتان؛ إذ لا ينقدح هذا، وقيل بتخريج ذلك فى الإقرار، وهو بعيد.

ولو قال: درهم قبل درهم، أو قبله درهم، أو بعد درهم، أو بعده درهم: يلزمه درهماً؛ لأن ذلك لا يحتمل إلا فى تأخير الوجوب وتقديمه.

ولو قال: درهم بل درهم: يلزمه درهم واحد. ولو قال: بل درهماً: يلزمه درهماً؛ لأنه أعاد الأول فى الثانى. ولو قال: درهم بل ديناران: يلزمه درهم وديناران؛ لأن الثانى رجوع وليس بإعادة. ولو قال: عشرة، لا بل تسعة: يلزمه العشرة؛ لأنه رجوع. ولو قال: ديناران بل قفيزان: يلزمه الكل؛ لأنه رجوع وليس بإعادة. ولو قال: درهم بل درهماً بل ثلاثة دراهم: لا يلزمه إلا ثلاثة دراهم، ويكون ما مضى معاداً فيه. هذا كله إذا جرى على الاتصال.

فلو أقر بألف يوم السبت، وبألف يوم الأحد: لا يلزمه إلا ألف واحد ويجمع بينهما. فالأخبار تتداخل إلا أن يضيف إلى سببين مختلفين. فلو أضاف أحدهما دون الآخر: نزل المطلق على المضاف، ولا يختلف ذلك بتكرير الإشهاد.

فلو شهد شاهدان أنه أقر يوم السبت بألف، وآخران أنه أقر يوم الأحد بألف: لم يلزمه إلا ألف.

ولهذا قالوا: لو شهد أحدهما على إقراره يوم السبت بألف، والآخر على إقراره يوم الأحد بألف: ثبت ألف، وإن لم يجتمعا على إقرار واحد ولكن اجتمعا فى حق المخبر عنه.

وكذلك إذا حكى أحد الشاهدين العجمية من لفظ المقر فى الإقرار، وحكى الآخر العربية: يجمع بينهما. ومثل ذلك فى الأفعال كالغصب والقبض.

والإنشاءات كالبيع والقذف: لا يجمع، هكذا نقل صاحب التقريب النفى ثم قال: فى المسألتين قولان بالنقل والتخريج.

(١) «ثم»: للعطف على وجه التعقيب مع التراخى، أى أن بين الأول والثانى مهلة.

هذا معنى الحرف فى أصل الوضع، وقد يستعار بمعنى «الواو» مجازاً.

أما تخريجه في الجمع في جانب الإنشاءات فبعيدٌ، وللتخريج في جانب الأقارير وجه؛ لأنهما لم يجتمعا على شيء واحد.

ولا خلاف في أنه لو ادعى حقا وشهد له الشهود، بل لو ادعى على الإقرار من عليه الحق: قبل، ولم يكن ذلك مخالفةً في نفسه، ولم يلزمه أن يدعى الإقرار حتى يوافقه لفظ الشهود، بل لو ادعى الإقرار: لم يسمع.

وقال قائلون: لا بد من دعوى الإقرار؛ لتوافق الشهادة والدعوى، ولا يجب على الشاهد إذا شهد على الإقرار أن يذكر كونه مكلفاً طائعاً. بل هو المفهوم عند الإطلاق. فلو أقام الشهود عليه بينة على أنه كان مكرهاً: قدمت بينة الإكراه. ولو أقام بينة على أنه كان في الحبس والقيود: صار الظاهر معه حتى يكون القول قوله في الإكراه. اللفظ العاشر: إذا قال: هذا ولدى ولدته هذه الجارية، وقد عقلت به في ملكي: فهو إقرارٌ بالاستيلاد في الأم.

ولو قال: ولدته، ولم يقل: عقلت به في ملكي، ولا ولدت في ملكي: فوجهان، ظاهر النص: أنه إقرارٌ بالاستيلاد؛ بناءً على الغالب. ولو قال: ولدت في ملكي، ولم يقل: عقلت في ملكي: فوجهان مرتبان، وأولى بالثبوت. فرع دخيل في هذا الكتاب، وهو:

إذا تنازع رجلان في جارية، فقال أحدهما: زوجتنيها، وقال الآخر: بعتهَا؛ والنظر في أربعة أمور:

الأول: في فصل الخصومة. قال الأصحاب: هما خصومتان؛ إذ كل واحد يدعى عقداً فعلية إثباته، ويدعى عليه عقدٌ، فالقول قوله فتعرض اليمين على كل واحد في نفس ما يدعى عليه، وفي إثبات ما يدعيه مهما رد اليمين عليه.

استدرك صاحب التقريب وقال: من يدعى أنه باع فهو يطلب الثمن فله التحليف على نفى الشراء. أما من يدعى التزويج على الآخر. والآخر قد قال: بعته، فقد أنكر ملك نفسه في الجارية، فلو أقر لكان لا يقبل إقراره، فأى فائدة في تحليفه؟

ثم قال: الآن بيني على أن يمين الرد كالبينة فقائدته النكول واستدراكه على وجهه. النظر الثاني: أنه إن حلف الزوج على نفى الشراء: لم يطالب بالثمن، وللبيع الرجوع في الجارية.

منهم من قال: يصير كأنه عجز عن استيفاء الثمن بالإفلاس، فيفسخ ويثبت حقه في الجارية، وإن زاد قيمتها على الثمن.

ومنهم من قال: لا، بل طريقه أنه ظفر بغير جنس حقه فيأخذ منها مقدار الثمن منه.

هذا كله إذا لم يكن قد استولدها. فإن جرى الاستيلاء امتنع الرجوع بموجب قول البائع، وكان الولد أيضاً حراماً بموجب قوله، فلا مرجع له.

النظر الثالث: أن الزوج هل يحل له وطؤها؟ نظراً: فإن كان صادقاً: حل له وطؤها باطناً، وفي الظاهر وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن العبرة بقولهما، وهي حلال بموجب قول البائع والزوج جميعاً. والثاني: أنها حرام؛ لوقوع الاختلاف في الجهة. فإنه لو قال: لي عليك ألف من قرض، فقال: بل من ثمن مبيع، فهل يقدر على المطالبة؟ فيه خلاف، فالاختلاف في الجهة في البضع أولى.

ومنهم من شبه هذا بما إذا اشترى زوجته بشرط الخيار. فقد قال الشافعي، رضي الله عنه: لا يطؤها في مدة الخيار، فإنه لا يدري أيتها زوجته أو مملوكته، مع أنه كيف ما كان فهو حلال. وسبيل حل إشكال النص تخريجه على أقوال الملك.

إن قلنا: الملك للبائع فله ذلك؛ فإنه يدري أنه يطاء زوجته، وإن قلنا: للمشتري فلا؛ لأنه يطاء مملوكته بملك ضعيف يمنع الوطء؛ لبقاء خيار البائع. وإن قلنا: إنه موقوف، فلا يطاء، وهو الذي أراد الشافعي، رضي الله عنه؛ لأنه لا يدري أيتها زوجته: فتحل، أو يطاء مملوكته بملك ضعيف: فلا تحل له؟

النظر الرابع: نفقة الولد بعد الاستيلاء على المستولد؛ لأنه حر بموجب قول البائع، فنفته على أبيه. ونفقة المستولدة على المستولد إن قلنا: تحل له. وإن قلنا: لا تحل له، فوجهان: أحدهما: على البائع؛ إذ يقبل قوله في زوال ملكه عليه، لا في ما على غيره، وهو سقوط النفقة. والثاني: أنها تأكل من كسبها، فإن لم يكن فمن بيت المال؛ لأنها فقيرة.

الباب الثالث: في تعقب الإقرار بما يرفعه

وهو قسمان:

الأول: أن يعقبه بما يرفعه كله

وفيه مسائل سبع:

الأولى: إذا قال: لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير، أو من ضمان شرط فيه الخيار لنفسه، أو سبب فاسد أسنده إليه ويعتاد التعامل بمثله على الفساد: ففيه قولان:

أحدهما: أنه يلزمه الألف، والإضافة الفاسدة رفع بعد إثبات، فهو كقوله: على ألف إلا ألفاً.

والثاني، ولعله الأولى: أنه لا يلزمه؛ لأنه لم يقر بملزوم شيء، وكلامه منظوم في نفسه، فصار كما إذا قال: أنت طالق إن شاء الله، فإنه لما انتظم لم يكثرث باندفاع الطلاق.

وقطع الأكثرون بأنه لو قال: لفلان على ألف إن شاء الله لا يلزمه شيء؛ لأنه للشك في الإقرار، وللتعليق في الإقرار. وحكى صاحب التقریب عن بعض الأصحاب طرد القولين.

ولا خلاف في أنه إذا قال: له على ألف إذا جاء رأس الشهر وقصد به التعليق: أنه يخرج عن القولين، بخلاف ما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فله على ألف، فإنه لا يلزمه قولاً واحداً؛ لأنه قدم كلمة التعليق، إلا أن يفسر ذلك بأجل أو وصية فيحتمل، ولكن لا يلزمه دون تفسيره.

ولو قال: لك على ألف إن شئت؟ قال الأصحاب: لا يلزمه؛ لأنه تعليق بالمشيئة. قال الإمام: ليخرج على القولين إن قدم صيغة الالتزام، وإن أخر فيقطع بأنه لا يلزمه.

الثانية: إذا قال: على ألف لا يلزمني: يلزمه الألف، لأنه متناقض. ولو قال: ألف قضيته، فطريقان: منهم من قطع باللزوم؛ لتناقضه. ومنهم من خرج على القولين؛ إذ ذلك مما يطلق في العادة.

الثالثة: إذا قال: على ألف مؤجل، طريقان:

منهم من قطع بالقبول؛ للصحة والاعتیاد جميعاً. ومنهم من خرج على القولين؛ لأنه لو ذكر الأجل منفصلاً: لم يقبل وجعل مانعاً للزوم، فكذلك إذا ذكره متصلاً.

وكذا إذا قال: على ألف من ثمن عبد، إن سلم سلمت؛ لأنه إضافة صحيحة معتادة. ولو قال: على ألف مؤجل من جهة تحمل العقل، فيقطع بصحته؛ لأن الأصل فيه الأجل، والحلول فيه دخیل. ومنهم من خرج على القولين.

الرابعة: إذا قال: له على ألف ثم جاء بألف وقال: هذه وديعة عندي. فقال المقر له: ما أقررت به ألف آخر هو دين. فالذي قطع به المرازقة: قبوله، وعليه يدل نص الشافعي، رضي الله عنه، على أنه لو قال: على شيء، ثم فسر بالوديعة قبل؛ لأن الوديعة عليه ردها، وقد يتعدى فيها فيضمن.

نعم، لو قال: تلف في يدي، فلا يقبل قوله في سقوط الضمان؛ لأن قوله: «على»

مستشعرٌ به. وقال العراقيون: في اتحاد الألف قولان. وإن قال: له على ألف في ذمتي فقولان مرتبان، وأولى بأن لا يفسر بالوديعة.

ولو قال: على ألف ديناً في ذمتي، فأولى بأن يتعدد، وهاهنا يظهر خيال التعدد، ويبعد تفسيره بالوديعة. فإن قلنا: إن التفسير بالوديعة منفصلاً مقبولاً، فمتصلاً أولى. وإن قلنا: لا يقبل. فيخرج المتصل على قولي الإضافة إلى الجهات الفاسدة.

ولو قال: له على ألف درهم عارية؟ في طريقة العراق: أنه يلزمه؛ لأن إعارة الدراهم يصح، فتكون مضمونة. وإن قلنا: لا يصح، فهي عارية فاسدة مضمونة. وفي طريقة المرازمة: أن عارية الدراهم إذا لم تصح فهي باطلة؛ لأنها غير قابلة للانتفاع أصلاً، فلا ضمان، فعلى هذا يخرج على قولي الإضافة إلى الجهة الفاسدة.

الخامسة: لو قال: هذه الدار لك عارية أو هبة. قال الشافعي، رضى الله عنه: له أن يخرج المقر له منها مهما شاء؛ لأن قوله: لك، وإن كان ظاهره للملك، فإذا تعقب بالعارية نزل عليه.

وكذا لو قال: لك هبة، ثم قال: أردت هبة لم أقبضها، فموجب النص: القبول. وقال صاحب التقريب: ينبغي أن يخرج الكل على قولي ثمن الخمر والخنزير؛ لأنه رفع لما تقدم من «لام» التملك، وهو فاسد؛ لأن «اللام» ظاهرٌ في التملك ومحمّلٌ لوجهه في الإضافة إذا ذكر متصلاً به.

السادسة: إذا قال: رهنْتُ فأقبضت، أو وهبت وأقبضت، ثم قال: كنت أقبضت فلاناً وظننت أن القبض حاصلٌ به. نص الشافعي، رضى الله عنه، على قبول دعواه في تحليف الخصم. ولا خلاف أنه لو قال: كذبت من غير تأويل، لم تقبل دعواه.

ولو قال: أقررت إشهاداً على الصك على العارية، ثم لم يتفق: ففي قبول الدعوى للتحليف وجهان، أولاهما: القبول؛ لأنه محتملٌ. فلا خلاف أن العربي إذا أقر بالعجمية، ثم قال: لقنت ولم أفهم أنه تقبل دعواه.

السابعة: إذا قال: هذه الدار لزيد بل لعمر: سلم إلى زيد. فهل يغرم لعمر؟ فيه قولان: المنصوص هاهنا: أنه لا يغرم؛ لأن الدار قائمة، ومنازعة صاحب اليد فيها ممكنٌ، ولم يصدر منه إلا مجرد قول.

والثاني، وهو القياس: أنه يضمن بالخلولة، كما لو أبق المغصوب من يده.

وهذا الخلاف جار في شهود المال إذا رجعوا وعين المال باقية، أو إمكان المطالبة بقيمته قائم، فإنهم هل يغرمون؟ ثم من الأصحاب من أطلق القولين، ومنهم من خصص بما إذا لم يسلم إلى زيد بنفسه بل أخرج القاضى من يده. فإن سلمه، ففعله غصبٌ عوجب قوله موجبٌ للضمان. أما إذا قال: غصبت الدار من زيد، وملكها لعمرى وسلم إلى زيد: لم يلزمه شيء لعمرى؛ لأنه يحتمل أن يكون مرتهناً أو مستأجراً وغصبت منه فبرئ بالرد عليه؛ فلا يغرم للثانى، وقبل بتخريج ذلك على القولين.

أما إذا قدم الإقرار بالملك، فقال: هي لفلان وأنا غصبتها من فلان، فالأكثر أن يسووا بين الصورتين، حتى يسلم إلى من غصب منه ولا يغرم للمالك.

ومنهم من رأى تخريج هذا على القولين ظاهراً، وزعم أنه يسلم إلى الأول وهل يغرم للثانى؟ قولان.

القسم الثانى: فيما يرفع بعض الإقرار

وفيه ثلاث مسائل:

الأولى: جواز الاستثناء الأقل والأكثر مهما بقى من المقر به شيء.

فلو قال: على عشرة إلا تسعة، قبل، فما يلزمه إلا درهم. ولو قال: عشرة إلا عشرة، بطل الاستثناء، ولزمه العشرة.

ولو قال: على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة هكذا إلى أن انتهى إلى الواحد: يلزمه خمسة؛ لأن الاستثناء من الإثبات نفى، ومن النفى إثبات^(١).

فإذا جمع صيغ الإثبات على اليد اليمنى والصيغ التى بعدها على اليسرى. اجتمع على اليسرى خمسة وعشرون، وعلى اليمنى ثلاثون، فإذا أسقطت المنفى عن المثبت بقى خمسة.

الثانية: الاستثناء من غير الجنس: صحيحٌ عندنا. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يصح إلا فى استثناء المكيل من الموزون أو الموزون من المكيل.

وصورته أن يقول: على ألف درهم إلا ثوباً، فمعناه: إلا قيمة ثوب. ولكن معناه أن

(١) أى لما استثنى تسعة من عشرة أثبت واحداً، ثم من التسعة ثمانية، أثبت واحداً ثم من الثمانية سبعة، أثبت واحداً، ثم من السبعة ستة، أثبت واحداً، ثم من الستة خمسة، أثبت واحداً، فيصير مجموع المثبت خمسة، ومجموع المنفى خمسة.

يفسر قيمة الثوب بما ينقص عن الألف. فلو فسرهما بما استغرق، فوجهان:

أحدهما: بطلان التفسير، إلى أن يفسر بما ينقص عن ألف. والثاني: بطلان أصل الاستثناء.

الثالثة: الاستثناء عن العين. كقوله: هذه الدار لفلان، والبيت الفلاني منها لى، أو هذه الدار لفلان إلا الباب، أو هذا الخاتم إلا الفص، أو هؤلاء العبيد إلا واحداً.

فالمذهب: صحة الاستثناء. وفيه وجه: أن الاستثناء إنما ورد فى اللسان عن الأعداد، فلذلك يقبل، وإلا فالأصل أن رفع الإقرار السابق باطل.

فرع: لو قال: هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً، وقلنا: صح، طوبى بتعيينه وقبل قوله. فلو ماتوا إلا واحداً، فقال: هذا هو المستثنى، فالصحيح: قبله: كما لو عين أولاً ثم مات الآخر.

وفيه وجه: أنه لا يقبل؛ لأنه يوجب إعدام أثر الإقرار، بخلاف ما لو قال: غصبت هؤلاء العبيد إلا واحداً، فإنه يقبل تعيين الواحد الباقي؛ لأن أثر الإقرار يبقى فى مطالبته بقيمة الموت.

الباب الرابع فى الإقرار بالنسب

وهو قسمان:

أحدهما أن يقر على نفسه ويستلحق شخصاً

فقوله مقبول بشرط أن يسلم عن تكذيب الحس، بأن يكون المستلحق أكبر سناً منه، أو مثله. وعن تكذيب الشرع، بأن يكون المستلحق مشهور النسب لغيره، وعن تكذيب المقرر له، بأن يكون بالغاً فيكذبه.

فلا يثبت النسب فى هذه الصور الثلاث، وإنما يثبت فى مجهول يولد مثله لمثله، وهو أن يقر إن كان بالغاً أو هو صغير أو مجنون أو ميت، حتى لا يتصور تكذيبه، فإن إقراره ليس بشرط. فلو استلحق صغيراً، فمات الصغير، ورثه. ولو مات المستلحق ورثه الصغير. بل لو مات الصغير أولاً، وله ميراث، ثم استلحقه: قبل قوله عندنا، ولم يترك بسبب التهمة خلافاً لأبى حنيفة.

نعم لو مات بالغاً فاستلحقه: ذكر العراقيون وجهين، ومال القاضى إلى أنه لا يقبل إذا خيره إلى موته مع مصادفته حالة يتصور تصديق المقرر له فيه يوهم كذبه، وهذا لا يليق

بمذهب الشافعي، رضى الله عنه. فإنه لا يرد الأقارير بالتهم، نعم، لو استلحق صغيراً فبلغ وأنكر فيه وجهان:

أحدهما: لا مبالاة بإنكاره؛ إذ حكمنا بثبوت النسب وبالتوريث من الجانين. والثاني: يقبل وإنما كان ذلك حكماً بشرط سلامة العاقبة كتصحيح الأقارير والتصرفات فى مرض الموت.

فرعان: أحدهما: له أمتان، ولكل واحدة منهما ولدٌ، ولا زوج لهما، فقال: أحد هذين الابنين ولدى فقد ثبت نسب واحد مبهماً، فيطالب بالتعيين، فإذا عين تعين وعتق، وصارت الأم مستولدة إن كان قد قال: هذا ولدى منها قد علفت به فى ملكى، وإن أطلق وقال: ولدى منها، فقد ذكرنا فيه وجهين، فإذا مات قبل التعيين فتعين الورثة كتعيين المورث، وإن عجزنا عرضنا على القائف وتعيين القائف كتعيينه فى النسب والاستيلاء وسائر الأحكام، فإن عجزنا عن القائف أقرعنا بينهما، فمن خرجت قرعته عتق ولم يثبت نسبه ولا ميراثه؛ إذ لا عمل للقرعة إلا فى العتق، وبينهما عتق مبهم. وهل يقرع بين الأمتين؟ وجهان:

أحدهما: لا إذ أمة الولد والعتق به تبع بسبب الولد ولا نسب. والثاني: نعم؛ لأن لهما نسباً، وإحداهما عتيقة بحكم ذلك، فيقرع لأجل العتق. وهل يقف نصيب ابن من الميراث؟ وجهان:

أحدهما: بلى؛ إذ أحدهما نسيب. والثاني: لا؛ لأنه نسبٌ ميثوسٌ عن ظهوره والموالة به فلا يؤثر فى التوريث.

الفرع الثانى: أمة لها ثلاثة أولاد، فقال السيد: أحد هؤلاء ولدى استولدتها به فى ملكى، فهو إقرارٌ بأمية الولد، ويطلب بالتعيين، فإن عين الأصغر، عتق وثبت نسبه. وإن عين الأوسط ثبت نسبه وعتق الأصغر أيضاً وثبت نسبه؛ لأنه ولد على فراشه، إلا إذا ادعى الاستراء وقلنا: الولد ينتفى بمجرد دعوى الاستبراء فى المستولدة، وعند ذلك يحكم بعتق الأصغر؛ لأنه ولد المستولدة ولكن إذا عتقت المستولدة بموت السيد وفيه وجه: أنه لا يعتق؛ لاحتمال أنه استولدها بالأوسط وهى مرهونة، وقلنا: لا ينفذ الاستيلاء، فبيعت وولدت الأصغر فى يد المشتري ثم اشتراها المستولد. وقلنا: يعود الاستيلاء، ولكن لا يتعدى إلى ولد ولدت فى ملك الغير، ثم اشترى الأصغر المولود فى ملك الغير. والقائل الأول إن اعترف بهذا التفريع فيأتى دفع مطلق الإقرار بهذا التقدير البعيد.

هذا إذا عين قبل الموت، فإن مات فوارثه أو القائف يقومون مقامه. فإن عجزنا عنهم أقرع بين الأولاد الثلاثة، فإن خرج على الصغير تعين للمعتق، وإن خرج على الأوسط عتق مع الأصغر، إلا على تقدير الخروج على مسألة الرد.

قال المزني معترضاً على نص الشافعي، رضى الله عنه: كيف يدخل الصغير القرعة وهو حر بكل حال؟ وما ذكره المزني خطأ؛ لأنه يدخل في القرعة؛ ليخرج عليه، فيقتصر العتق عليه، أو يخرج على غيره فيعتق هو مع غيره.

ثم قال الشافعي، رضى الله عنه: لا تأثير للقرعة في النسب، والميراث مصروف إلى الوارث المتيقن وراثته.

قال المزني: وينبغي أن يوقف ميراث ابن، وهو ظاهر القياس. ولكن الشافعي، رضى الله عنه، لم ير الموقوف بعد اليأس عن ظهور هذا النسب.

القسم الثاني: أن يقر بالنسب على مورثه

ومن له ولاية استغراق الميراث، فله إلحاق النسب بمورثه سواء انفرد أو كانوا جميعاً.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لو خلف ابناً واحداً، فأقر بأخ آخر: لم يثبت إلا إذا كانا ابنين. وهو ضعيف، فإنه إذا لم تعتبر صفات الشهود، بل قبل قبول الأقارير، فلا معنى للعدد.

ثم قال الأصحاب: يعتبر إقرار الزوج والمولى المعتق إذا كان من جملة الورثة، ولا مبالاة بإقرار التقريب المحجور بسبب من الأسباب، وإن كان هو أقرب إلى النسب؛ لأنه مأخوذ من استحقاق الإرث. وفي الزوج والمولى المعتق وجه: أنه لا يعتبر قولهما.

والبنت الواحدة إذا أقرت، وأقر معها إمام المسلمين، ففي ثبوت النسب بقول الإمام وجهان:

أحدهما: نعم، كالمولى المعتق. والثاني: لا؛ لأنه غير مستحق وإنما المستحق وجهة الإسلام، فلا يتصور صدور الإقرار منه.

أما إذا خلف ابنين، فأقر أحدهما وأنكر الآخر: فالنسب لا يثبت قطعاً. ونص الشافعي، رضى الله عنه، على أن الميراث لا يثبت؛ لأنه فرع النسب، وعليه إشكالات قررناها في مسائل الخلاف، ولأجله خرج ابن سريج وجهاً؛ أنه يرث، وذكر صاحب التقريب طريقين:

أحدهما: أن الميراث يثبت باطناء، وهل يثبت ظاهراً؟ وجهان. والثاني: أنه لا يثبت ظاهراً، وهل يثبت باطناء؟ وجهان.

التفريع: إن قلنا: يثبت الميراث على المقر. فإذا كانت التركة ستمائة، فيأخذ المقر له من المقر كم؟ وجهان:

أحدهما: مائة وخمسين، وهو نصف ما في يده؛ لأنه اعترف له بالمساواة في كل شيء. والثاني: مائة، وهو ثلث ما في يده؛ فإنه مظلوم بالمائة الأخرى من المنكر.

وقال صاحب التفریع: هذا إذا كان المقر مجبراً في القسمة، فلو كانت القسمة بالتراضي، فقد تعدى بتسليم نصيبه إلى المكذب، فيغرم له، والقياس ما قاله.

فروع سبعة: الأول: لو أقر أحد الابنين بزوجة امرأة لأبيه، وأنكر الآخر، فالظاهر: أنه لا يثبت الميراث كما في النسب وفيه وجه: أنه يثبت؛ لأن المقصود بالإقرار هاهنا الإرث دون الزوجية.

الثاني: أقر أحد الابنين، وأنكر الآخر، ومات المنكر، نظر؛ فإن كان علف ابناً وهو مقر، ففيه وجهان:

أحدهما: يثبت الميراث؛ لأن الاستغراق لهم، وقد توافقوا. والثاني: لا؛ لأنه فرغ، فليس له تكذيب أصله. وهو يلتفت على أن الوارث هل يلتحق بمن نفاه المورث باللعان؟ وإن لم يظلف إلا الأخ المقر، فوجهان مرتبان، وأولى بالثبوت. ولو أنه مات قبل التكذيب فلا خلاف في أن الميراث يثبت بتوافق الباقيين؛ لأن التكذيب لم يصدر منه بعد.

الثالث: علف ابنين صغيراً وكبيراً، فأقر الكبير بأخ ثالث، وجهان:

أحدهما: أنه لا يثبت لا نسب ولا ميراث؛ إذ الحق لهما. والثاني: نعم. يثبت ويستند بشرط أن لا ينكر الصبي إذا بلغ.

الرابع: إذا علف ابناً واحداً، فقال للمجهول: أنت ابن أبي، فقال: وأنت لست ابناً له وأنا ابن له، فوجهان:

أحدهما: أن المقر يحجب؛ لأن المجهول وارث بقوله، وهو منكراً قوله. والثاني: أنهما يشتركان، ولا يبالي بتكذيبه.

وفيه وجه ثالث: أن المكذب لا يستحق شيئاً؛ لأنه أخرجه عن أهلية الإقرار بتكذيبه.

الخامس: أقر لاثنين بالأخوة، فتكاذبا بينهما، فوجهان:

أحدهما: أنهم يشتركون ولا يؤثر تكاذبهما؛ نظرًا إلى قول الأصل. والثاني: أنهما لا يرثان؛ إذ لم يتوافق على إرث كل واحد منهما الجميع.

السادس: إذا أقر الأخ بابن لأخيه. قال الأصحاب: يثبت النسب دون الميراث؛ إذ لو ثبت الميراث لحرم الأخ عن الميراث، وخرج عن أهلية الإقرار، وصار دوراً^(١).

ومنهم من قال: يثبت النسب والميراث جميعاً. ومنهم من قال: لا يثبت النسب أيضاً مع الميراث.

السابع: إذا أقر أحد الابنين بألف، وأنكر الآخر، والتركة ألفان. فيؤخذ من نصيب المقر خمسمائة، أو ألف؟ فيه قولان:

أحدهما: ألف؛ مؤاخذه له بموجب قوله، في أنه لا ينفك جزء من التركة بما بقى من الدين شيء. والثاني: يكفى بحصته، والتوجيه مذكور في الخلاف.

* * *

(١) الدوران: هو وجود الحكم عند وجود الوصف ويرتفع بارتفاعه في صورة واحدة انظر إرشاد الفحول (ص ٢٢١).

كتاب العارية^(١)

والنظر في أركانها، وأحكامها، وفصل الخصومة فيها:

فأما الأركان فأربعة

الأول: المعير

ولا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للمنفعة، غير محجور عليه في التبرع؛ فإن العارية تبرع بالمنافع، فيصح من المستأجر.

وللمستعير أن يستوفي المنافع بوكيله لنفسه، وهل له أن يعير؟ فيه وجهان: أظهرهما: المنع؛ لأن الإذن مخصوص به، فهو كالضيف.

الثاني: المستعير

ولا يعتبر فيه إلا أن يكون أهلاً للتبرع عليه.

الثالث: المعار

ويعتبر فيه شرطان:

أحدهما: أن يكون منتفعا به مع بقاءه، فلا معنى لإعارة الأطعمة. وفي إعارة الدراهم والدنانير وإجارتها لمنفعة التزين، ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأن غرض التزين من المقاصد. والثاني: لا؛ لأنه غرض بعيد. والثالث: يصح الإعارة، لأنه مبررة، ولا يصح الإجارة لأنه معاوضة فيستدعى منفعة متقومة.

فإن أبطلناها، ففي طريقة العراق: أنها مضمونة؛ لأنها إعارة فاسدة. وفي طريق المراوزة: أنها غير مضمونة؛ لأنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة.

الشرط الثاني: أن يكون الانتفاع مستباحا، فلا يجوز إعارة الجوارى للاستمتاع، ولا

(١) العارية لغة: مشددة الياء على المشهور، وحكى الخطابي وغيره تحفيها. [والعارية] بالتخفيف: جمعها: عوار. [والعارية] بالتشديد: جمعها: عوارى. [والعارية]: العارة: ما تعطيه غيرك على أن يعيده إليك. يقال: كل عارة مستردة. واصطلاحا: اسم لإباحة منفعة عين مع نقائها، بشروط مخصوصة. وقيل: تملك منفعة مؤقتة لا بعوض.

انظر: الصحاح (٧٦١/٢)، لسان العرب (٦٢٢/٤) المعجم الوسيط (٦٣٦/٢)، تبيين الحقائق (٨٣/٥)، المحلى على المنهاج (١٧/٣)، مواهب الجليل (٢٦٧/٥).

للاستخدام إذا كان المستعير غير محرم، وكانت الجارية فى محل الشهوة. فإن جرى، فهو صحيح ولكنه محظور.

وكذا تكره استعارة أحد الأبوين للخدمة، وكذا إعارة العبد المسلم من الكافر، وتحرم إعارة الصيد من المحرم.

الرابع: صيغة الإعارة

ولا بد فيه من الإيجاب، وهو قوله: أعرت. أو خذ، أو ما يفيد معناه. ويكفى القبول بالفعل ولا يشترط اللفظ كاستباحة الضيفان فلو قال: أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك، فهو إجارة فاسدة غير مضمونة. ولو قال: اغسل هذا الثوب، فهو استعارة لبدنه لأجل العمل، فإن كان الغاسل ممن يعمل بالأجرة، فالظاهر: أنه يستحق الأجرة كما يستحق الحمامى والحلاق. والتعويل فيه على القرائن. ولهذا ذكر القاضى فى المعاطاة فى البيع وجهين لأجل القرائن.

أما أحكامها فتلاثة

الأول: الضمان.

قال رسول الله ﷺ: «العارية مضمونة مؤداة»^(١)، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إنها غير

(١) الحديث من طريق شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه، أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: [لا، بل عارية مضمونة] أخرجه أحمد (٤٠١/٣)، وأبو داود (٣٥٦٢) والدارقطنى (٣٩/٣) والحاكم (٤٧/٢) والبيهقى (٨٩/٦).

ومن طريق جرير عن عبد العزيز عن أناس من آل عبد الله بن صفوان، أن رسول الله ﷺ قال: [يا صفوان هل عندك من سلاح؟] قال: عارية أم غصباً، قال: [لا، بل عارية] فأعاره بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً، أخرجه: أبو داود (٣٥٦٤) والبيهقى (٨٩/٦).

وفى الباب عن جابر بن عبد الله عن أبيه، أن رسول الله ﷺ سار إلى حنين، وفيه: ثم بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية فسأله أدرعاً عنده مائة درع وما يصلحها من عندها فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: [بل عارية مضمونة حتى تؤديها عليك] ثم خرج رسول الله ﷺ سائراً. أخرجه الحاكم (٤٩، ٤٨/٣) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وأخرجه البيهقى (٨٩/٦).

وورد بلفظ [بل عارية مؤداة] من طريق حبان بن هلال: ثنا همام بن يحيى، ثنا قتادة عن عطاء ابن أبى رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية قال: قال لى رسول الله ﷺ. [إذا أتتكم رسلى فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً] فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: [بل عارية مؤداة] أخرجه أبو داود (٣٥٦٦) وابن حبان فى موارد الظلمات وصححه =

مضمونة. ولا خلاف أنها مضمونة الرد على المستعير. ثم فى كيفية الضمان ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يضمن بأقصى قيمته من يوم القبض إلى يوم التلف كضمان المغصوب، وعلى هذا يحدث وكذا المستعار فى يده مضموناً، والثانى: أنه يعتبر قيمته يوم القبض.

والثالث، هو الأصح: أنه يعتبر قيمته يوم التلف؛ إذ فى اعتبار القبض ما يوجب ضمان الأجزاء المستحقة بالاستعمال، وضمانها غير واجب؛ لأنها تلفت بالإذن، وفيه وجه بعيد، والمستعير من المستأجر، هل يضمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لابتناء يده على يد غير مضمونة. والثانى: نعم؛ نظراً إليه فى نفسه.

والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان إذا تلف العين فى يده. ولو طوّل بالأجرة ولم يكن استوفى المنفعة بل تلفت تحت يده يرجع به على المعير؛ لأن يده فى المنفعة ليس يد ضمان. وإن كان استوفاه ففى الرجوع قولان:

أحدهما: نعم؛ للغرور، فإنه لم يرض بضمان المنافع. والثانى: لا؛ تغليبا للإتلاف على الغرور.

وحد المستعير: كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق. فعلى هذا لو جمحت دابة فأركبها رايضاً ليروضها له، وأرسل وكيلاً فى شغل له وأركبه دابته فتلفت: لا ضمان له؛ لأنه ليس أخذاً لغرض نفسه. ولو وجد من أعيان الطريق فأركبه بطريق القرية، ففيه نظر من حيث إن الراكب منتفع، ولكن الأظهر: أن لا ضمان لأن المالك هو المطالب لركوبه؛ ليقرب به إلى الله تبارك وتعالى.

ولو أركب المالك مع نفسه رديفاً، فتلفت الدابة تحتها؟ قال الأصحاب: على الرديف نصف الضمان. الأولى: أن لا يجب؛ لأن الدابة فى الملك ما دام هو راكباً، والرديف ضيف كالضيف الداخل فى الدار.

ولو أودعه ثوباً وقال: إن شئت فالبسه عند الحاجة، فهو قبل البس وديعةٌ وبعده عاريةٌ مضمونة.

١١٧٣) وأحمد (٢٢٢/٤) والدارقطنى (٣٩/٣) وابن حزم فى المحلى (١٧٣/٩) وقال: حديث حسن، ليس فى شيء مما يروى فى العارية خبر يصح غيره. وله شواهد من حديث ابن عباس أخرجه البيهقى (٨٨/٦) والدارقطنى (٣٨/٣) والحاكم (٤٧/٢) وقال: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي. وانظر تلخيص الحبير (٤٧/٣: ٥٢ ح ١٢٥١، ١٢٦٦).

الحكم الثاني: التسلط على الانتفاع

وهو بقدر التسليط؛ لأنه منتفع بإذن، فإن تعين جهة المنفعة فلا كلام.

وإن تعددت، كما إذا أعار أرضاً، فإن عين زراعة الحنطة، مثلاً، فله أن يزرع ما ضرره مثل ضرر الحنطة ودونه، ولا يزرع ما ضرره فوقه. وإن أطلق فالظاهر: فساد؛ إذ يتردد بين الغراس والبناء والزراعة فهو غرر ظاهر. وفيه وجه: أنه يصح، ويتسلط على الكل، ولو قال: انتفع كيف شئت، فوجهان من حيث إنه فوض إلى مشيئته. ولو عين الزراعة، فالظاهر: الجواز، وإن لم يتعين المزروع؛ لأن الأمر فيه قريب. ولو عين الغراس: فله أن يبنى.

وكذلك بالعكس؛ لتساويهما، وقيل: لا؛ لأن ضرر الغراس في باطن الأرض، وضرر البناء في ظاهر الأرض، فهما مختلفان في الجنس.

الحكم الثالث: الجواز

وللمعير الرجوع مهما شاء، إلا إذا أعار لدفن ميت، فيمتنع نبش القبر سواء كان الميت جديداً أو عتيقاً، إلى أن يندرس أثر المدفون، فعند ذلك يفعل ما يريد.

وقبل الاندراس، لو كان له فيه أشجار فله السقي بشرط أن لا يظهر الميت. وكذلك لو أعار جداراً ليضع الجار عليه جذعه، فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً؛ إذ لا أجرة له حتى يطالب به.

وفى هدمه بأرض النقص تصرف في خاص ملك الجار في الجانب الثاني من الجذع.

فأما إذا أعار أرضاً للبناء والغراس مطلقاً، فله الرجوع، وليس له نقض ملك المستعير مجاناً؛ لأنه محترم وضعه من غير عدوان، ولكن يتخير المالك بين الثلاث خصال: بين أن يبقى بأجرة، أو يملك البناء بقيمته أو ينقض ويذل أرشه، والخيرة في التعيين للمالك ترجيحاً لجانبه، فإنه معبر. ولا حق للمستعير إلا أن لا يضيع ماليته.

ثم إذا رجع والبناء بعد لم يرفع: جاز للمالك الدخول ولا يتصرف في البناء، ولا يجوز للمستعير الدخول تنزهاً.

وهل يجوز مرمة الجدران؟ فيه خلاف، ووجه الجواز: أن حقه مضمون عن التلف، وفي المنع من العمارة تضییع. ويجوز للمعير بيع الأرض وعليها بناء المستعير قبل التملك.

وهل يجوز للمستعير بيع البناء؟ فيه وجهان:

وجه المنع: أنه معرض للهدم إن أراد المعير، هذا إذا كانت الإعارة مطلقة أو مقيدة بالتأييد.

فلو قال: أعرت سنة، فإذا مضت قلعت البناء مجاناً، فله ذلك؛ اتباعاً للشرط، ولو اقتصر على قوله أعرت سنة، لم يجوز له النقص بعده مجاناً، فكان يحتمل أن يحمل على طلب الأجرة بعده، كما يحتمل الهدم والأصل حرمة ملكه.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: فائدة التأقيت جواز القلع مجاناً. أما إذا أعار للزراعة ورجع قبل الإدراك، فالمذهب: أنه يجب إبقاؤه إلى الإدراك، وليس له قلع الزرع، ولكن له أخذ الأجرة؛ لأن هذا أقرب الطرق، بخلاف الغراس في الإجارة المؤقتة، فإنه وإن صبر بقية المدة افتقر إلى القلع بعدها.

وفيه وجه للعراقيين: أنه لا يستحق الأجرة إلى الإدراك، ووجه لصاحب التقریب: أنه يقلع الزرع كالغراس، أو لا يقلع الغراس كالزرع. وهو من تخريجه وتصرفه.

فرعان: أحدهما: لو بادر المستعير وقلع الغراس، هل يلزمه تسوية الحفر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ ليرد ما أخذ كما أخذ. والثاني: لا؛ لأن المأذون في الغرس مأذون في القلع، وقد حصل من المأذون فيه، فصار كما لو تلفت الدابة المستعارة أو تعبت بالركوب.

الثاني: إذا حمل السيل ونواة لإنسان إلى ملك غيره، فأنبتت شجرة، فهل لمالك الأرض قلعها مجاناً؟ فيه وجهان؛ لتعارض الحرمة في الجانيين، والأولى: ترجيح مالك الأرض وتسليطه على القلع.

أما فصل الخصومة

فلها ثلاث صور:

الأولى: إذا قال راكب الدابة لمالكها: أعرتيها، فقال المالك: بل أحرثكها، قال الشافعي، رضي الله عنه: القول قول الراكب. ولو قال ذلك زارع الأرض لمالكها؟ قال: القول قول المالك، نص عليه في المزارعة، فاختلف الأصحاب على طريقين، أحدهما: قولان لتقابل الأصلين، إذ يمكن أن يقال: الأصل وجوب الضمان في المنفعة وعدم ما يسقطها، أو الأصل عند طريان الإذن عدم الضمان.

ومنهم من قرر التعيين وفرق بأن العارية في الدواب ليس ببيعيد وفي الأرض بيعيد،

وهذا الترجيح فى مظنة تعارض الأصلين لا بأس به.

التفريع: إن قلنا: القول قول المالك، فيحلف على نفى الإعارة ولا يتعرض لإثبات الإجارة والمسمى؛ فإنه مدع فيهما. ثم إذا حلف: أخذ أقل الأمرين من المسمى أو أجرة المثل.

وقال القاضى والعراقيون: إنه يتعرض للإجارة فيحلف أنه ما أعار ولكنه أجر؛ لينتظم الكلام لا ليثبت الإجارة. وذكر العراقيون قولاً آخر: أن فائدته إثبات المسمى؛ إظهاراً لفائدته وهو يعيد.

أما إذا نكل المالك، قال العراقيون: لا يرد على الراكب؛ لأنه لا يدعى لنفسه حقاً فينبى عليه القضاء بالنكول. قال القاضى: ترد، وفائدته دفع الغريم، وهو أقرب من القضاء بالنكول.

فإن قيل: فلو تنازعا قبل مضى مدة تتقوم المنفعة فيها؟ قلنا: القول قول الراكب فى نفى ما يدعى عليه من الإجارة للمستقبل.

الثانية: أن يقول المالك: بل غصبتها: قال المزنى: القول قول الراكب؛ إذ الأصل عدم الغصب؛ إحساناً للظن بالناس. ثم خالفه أكثر الأصحاب وقالوا: الأصل عدم الإذن وبقاء حق المالك فى المنفعة.

وقيل: المذهبان قولان للشافعى، والأولى: القول المخالف للمزنى.

الثالثة: أن يقول الراكب: أكريتها، وغرضه إسقاط الضمان عند التلف واستحقاق الإمساك، فقال المالك: أعرتها. فالقول قول المالك، فإنه يدعى عليه إجارة والأصل عدمها. ثم يستفيد بالحلف استحقاق القيمة عند التلف، وجواز الرجوع عند القيام.

* * *

كتاب الغضب^(١)

الغضب عدوانٌ محضٌ؛ لقوله ﷺ: «ومن غصب شيئاً من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة»^(٢).

وهو سببٌ للضمان؛ لقوله، عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(٣).
والنظر في الكتاب يحصره باهان:

(١) الغضب لغة: مصدر غصبه يغصبه بكسر الصاد. ويقال: اغتصبه أيضاً، وغصبه منه، وغصبه عليه بمعنى، والشيء غصب ومغصوب، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلماً، قاله الجوهري وغيره. و[غَصَبَ] الشيء، غَصَبًا: أخذه قهراً وظلماً. ويقال: غصبه ماله، وغصب منه ماله. وغصب المرأة: زنى بها كرهاً. وغصب الجلد: أزال عنه شعره ووبره بلا عَطْنٍ في الدباغ ونحوه. وغصب فلاناً على شيء: قهره. فهو غاصب. وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع واصطلاحاً: أخذ مال الغير على وجه التعدي.

وقيل بغير حق. انظر: المصباح المنير (٦١٣/٣) الصحاح (١٩٤/١) المعجم الوسيط (٦٥٣/٢) بدائع الصنائع (٤٤٠٣/٩) مغني المحتاج (٢٧٥/٢) المغني (٢٣٨/٥).
(٢) الحديث بهذا اللفظ أورده ابن حجر في تلخيص الحبير (٤١/٤).

وورد عن عائشة قالت: يا أبا سلمة اجتنب الأرض، فإن النبي ﷺ قال: [من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين] أخرجه البخاري (٣١٩٥، ٢٤٥٣) ومسلم (المسافات ١٤٢) وأحمد (٢٥٢، ٧٩، ٦٤/٦) وفتح الباري (١٠٣/٥) وكنز العمال (٣٠٣٦٢) وبلغز [من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين] عن سعيد بن زيد مرفوعاً أخرجه البخاري (٣١٩٨، ٢٤٥٢) والبيهقي (٩٩/٦) وابن حجر في فتح الباري (١٠٣/٥) وابن عساكر في تهذيب تاريخ دمشق (٧٢/٧، ٤٥٤/١) والسيوطي في الحاوي للفتاوى (٢٢٤/١) وللحديث ألفاظ أخرى أصحها ما ذكرناه.

(٣) الحديث أخرجه: أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦) وابن ماجه (٢٤٠٠) وأحمد (١٣، ١٢، ٨/٥) والدارمي (٢٦٢/٢) والبيهقي (٢٧٦/٨، ٩٥، ٩٠/٦) وابن حجر في فتح الباري (٢٤١/٥) وفي تلخيص الحبير (٥٣/٣) والبقوي (٢٢٦/٨)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٢٩٥٠) والطبراني (٢٥٢/٧) والزيلعي (١٦٧/٤، ٣٧٦/٣) وابن أبي شيبة (١٤٦/٦) والعجلوني في كشف الخفا (٩٠/٢) وابن الجارود في المنتقى (١٠٢٤).

الباب الأول: في الضمان^(١)

والنظر في ثلاثة أركان: الموجب، والموجب فيه، والواجب.

الركن الأول: الموجب للضمان

وهو ثلاثة: التفويت بالمباشرة، أو التسبب، أو إثبات اليد لغرض نفسه من غير استحقاق.

أما الأول: فهو المباشرة: وحده إيجاب علة التلف، كالقتل والأكل والإحراق.

ونعني بالعلة: ما يقال من حيث العادة: إن الهلاك حصل بها، كما يقال حصل بالقتل والأكل والإحراق.

أما التسبب: فهو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، ولكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة، فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال. والإكراه سبب. وعلى من حفر بئراً في محل عدوان إذا تردى فيه بهيمة أو عبد أو إنسان، فإن ردى فيه غيره فيه: فالضمان على المردى، تقديمًا للمباشرة على التسبب كما في المسك مع القابل في الحر.

أما العبد، فيطالب المسك أيضاً؛ لأنه بالإمسك غاصب.

والمكره وإن كان مباشراً، فمباشرة ضعيفة أنتجها الإكراه، فلم يقدم عليه. أما إذا رفع حافظ الشيء حتى ضاع لعدم الحافظ بسبب آخر لا يقصد برفع الحافظ: فلا ضمان عليه، كما إذا فتح رأس الزرق فاتفق هبوب ريح بعده فسقط وضاع فلا ضمان؛ لأنه لا يقصد بفتح رأس الزرق هبوب الرياح والضياح به؛ كما لو بنى داراً فطيرت الرياح ثوباً وألقاه في داره فضاع: لا يضمن.

وكذلك لو حبس المالك عن الماشية، فعاث الذئب فيها، وكذلك لو حمل صبيًا إلى

(١) الضمان لغة: مصدر ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمين: إذا كفل به وقال ابن سيده: ضمن الشيء ضمناً وضماناً، وضمنه إياه، كفله إياه، وهو مشتق من التضمن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن، قاله القاضي أبو يعلى.

فـ[الضامين]: الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم. جمع: ضَمَان، وَضْمَنَةٌ. و[الضمان]: الكفالة والالتزام. و[ضَمَانُ الدُّرَك]: هو ردُّ الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، بأن يقول: تكفلت بما يدرك في هذه المبيع. و[ضمان الرهن]: ما يكون مضموناً بالأقل. و[ضمان الغصب]: ما يكون مضموناً بالقيمة. و[ضمان المبيع]: ما يكون مضموناً بالثمن قل أو كثر.

انظر: المعجم الوسيط (١/٥٤٤، ٥٥٥) ولسان العرب (٤/٢٦١) وتحرير التبيين (٢٢٧).

مضيعة فاتفق ثم سبع فافترسه: فلا ضمان في الكل؛ إذ لا مباشرة، ولا يد ولا تسبب؛ إذ حد السبب ما ذكرناه.

نعم لو حمل الصبي إلى مسبعة، أو فتح رأس الزق^(١)، فشرقت الشمس وذاب، فيه وجهان، لعل الأظهر: وجوب الضمان، فإنه يقصد به ذلك، كما أنا نقول: إذا غصبت الأمهات فتتحت الأولاد: حدثت من ضمانه؛ لأنه يتوقع من إثبات اليد على الأمهات ثبوت اليد على الأولاد، وكذلك لو غصب رمكة فأتبعها المهر: ففي دخوله في ضمانه تردد.

وأما رفع القيد عن الحيوان سبب يقصد لإفلات الحيوان، ولكن ينظر: فإن كان المقيّد حيواناً عاقلاً، كالعبد، فإذا أبق: لا ضمان؛ لأنه مختار، فينقطع التسبب به وهو كما لو هدم الحرز فسرق المال: لا يضمن المال، ولو دل السارق: لم يضمن.

فأما الحيوان الذي ليس بعقل، كالطير والبهيمة، فإذا فتح باب القفص، وحل رباط البهيمة فضاعت، فالذهب الظاهر: أنه إن طار على الاتصال ضمن، وإن كان على الانفصال: لم يضمن؛ إذ يظهر حوالته عند الانفصال على اختيار الحيوان، وعند الاتصال كأنه نفر بالتعرض للقيد.

وقال مالك، رحمه الله: يضمن في الحالتين، وهو قول الشافعي، رضي الله عنه، منقذ من حيث المصلحة.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يضمن أصلاً، وهو قول للشافعي، رضي الله عنه، حوالة على الاختيار. والعبد المحنون من قبيل الدابة والطير.

وفي العبد العاقل المقيّد الإباق، أيضاً، وجه بعيد: أنه يضمن إذا حل القيد عنه، وهو ضعيف؛ لأنه في معنى المسك مع المباشر.

أما إذا فتح رأس الزق فتقاطرت قطرات من المائع إلى أسفل الزق وابتل وسقط: وجب الضمان؛ لأن السقوط بالابتلال، والابتلال بالتقاطر، والتقاطر بالفتح، وهو طريق مقصود له ومسلك إليه، بخلاف السقوط بهبوب الريح.

ولو فتح الزق وفيه سمن جامد، ففرب غيره منه ناراً حتى ذاب، فقد قيل: لا ضمان على واحد، والأصح: أنه يجب الضمان على الثاني، لأنه كالمردى مع الحافر.

(١) [الزق]: وعاء من جلد يمز شعره ولا يتنفذ، للشراب وغيره. جمع: أزقاق، وزقاق. انظر: المعجم الوسيط (١/٣٩٦).

هذا تفصيل السبب والمباشرة، ونظام النظر فيه يذكر في كتاب الجنایات.

أما إثبات اليد: فهو سبب للضمان، ومباشرة بالغصب في تسببه في ولد المغصوب، فإن إثبات اليد على الأم سبب للثبوت على الولد، فكان الولد مضموناً عندنا لذلك، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. فإنه قال: أثبت اليد ولكن لم تزل يد المالك. والغصب عبارة عن إزالة يد المالك، وليس كذلك عندنا، بدليل أن المودع إذا جحد الوديعة لم يزل يد المالك، بل كان زائلاً قبله.

وكذلك إذا طوّل بولد المغصوب فجحده: ضمن، وإن لم يتضمن جحوده زوال يد المالك، إذ لم يكن قط في ملكه.

ثم إثبات اليد: في المنقول بالنقل، إلا في موضع واحد، وهو أنه لو أزعج المالك عن دابته فركبها، أو عن فراشه وجلس عليه: فهو ضامن؛ لأنه غاية الاستيلاء. وقيل: إنه لا يضمن ما لم ينقل.

أما العقار: فيضمن بالغصب عند إثبات اليد عليه عندنا، خلافاً لأبي حنيفة فإن قيل: فما حد الغصب في العقار؟ قلنا: له ركنان:

الأول: إثبات الغاصب يده، وذلك لا يحصل إلا بالدخول في العقار.

والآخر: إزالة يد المالك، وذلك يحصل بإزعاجه، فإن أزعج ولم يدخل: لا يضمن. وإن دخل ولم يزعج، فإن قصد النظارة أو الزيارة: لم يضمن، وإن قصد الاستيلاء: صار الدار في يدهما، فهو غاصب نصف الدار.

ولو كان الداخل ضعيفاً، والمالك قوياً: لم يكن غاصباً وإن قصد؛ لأن ما لا يمكن لا يتصور قصده، وإنما هو حديث نفس ووسوسة.

وإن كان المالك غائباً وقصد: ضمن، وإن كان يقدر على الانتزاع من يده، كما إذا سلب قلنسوة ملك: فإنه غاصب، وإنما ذلك قدره على إزالة الغصب. وفي العقار في هذه الصورة وجه: أنه لا يضمن.

فإن قيل: فلو أثبت يد على يد الغاصب وتلف فيها؟ قلنا: كيف ما كان، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن من أخذ من الغاصب وإن كان جاهلاً؛ لأن الجاهل لا ينتهض عذراً في نفي الضمان، وقد وجد إثبات اليد على مال الغير من غير إذن المالك، ولكن قرار الضمان على الغاصب إن كانت تلك اليد في وضعها يد أمانة،

كيد المرتهن ويد المستأجر والوكيل والمودع، وإن كان يد ضمان فالقرار عليه، كيد العارية والسوم والشراء.

وقال العراقيون: يد المرتهن والمستأجر هاهنا كيد العارية؛ لأن لهم غرضاً في أيديهم بخلاف المودع والوكيل بغير جعل، والأولى الطريقة الأولى.

نعم، تردد الشيخ أبو محمد في يد المتهب؛ لأنه وإن لم تكن يد الضمان فهو تسليط تام وهو يد الملاك.

إلا أنا إذا ضمنناهم بأقصى القيم، وكانت القيمة زائدة في يد الغاصب ونقص قبل أخذ الأجر، فالزيادة لا يطالب بها إلا الغاصب.

ثم مهما رجع طوّل بالأصل وهو من عليه القرار، فهو الغرض، وإن طوّل غيره رجع على من عليه القرار.

فإن قيل: فلو أتلّف الآخذ من الغاصب؟ قلنا: القرار عليه أبداً، إلا إذا غره الغاصب، وقدم الطعام إليه للضيافة فأكل، ففيه قولان:

أحدهما: النظر إلى مباشرته. والثاني: بل القرار على الغاصب؛ لأنه غار.

ولو قدمه إلى المالك وغره فأكله؟ فقولان مرتبان، وأولى بأن يحال على المالك، حتى ذكر الأصحاب تردداً فيما إذا أودع المالك فتلف تحت يده، وأنه هل يسقط الضمان؟

ولو قال للمالك: اقتل هذا العبد فإنه لي، فقتل سقط الضمان عن الغاصب، لأنه لا غرور مع تحريم القتل بخلاف الضيافة.

ولو قال: أعتق، فأعتق؟ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا ينفذ العتق؛ لأنه قصد به جهة الوكالة، فهو معذور، بخلاف ما إذا رأى عبداً في ظلمة فظنه للغير، فقال: أنت حر، فإنه ينفذ؛ لأنه غير معذور.

والثاني: ينفذ العتق ولا يطالب الغاصب بالغرم؛ لأنه نفذ عتقه في ملكه فلا معنى للغرم.

والثالث: أنه ينفذ العتق ويطالب بالغرم؛ لكونه غير معذور.

أما إذا زوج الجارية من المالك غروراً فاستولدها: نفذ الاستيلاء قطعاً؛ لأنه فعل وقد صادف ملكه. ومنهم من شبّه أيضاً فيه بخلاف.

الركن الثاني: في الموجب فيه، وهو الأموال

وينقسم إلى المنفعة والعين.

أما العين: فينقسم إلى الحيوان وغيره:

أما الحيوان: فالعبد مضمون عند الغصب والإتلاف بكمال قيمته، وإن زاد على أعلى الديات، بخلاف لأبي حنيفة.

وجراح العبد من قيمته عند قطع أطرافه، كجراح الحر من ديته في القول المنصوص.

وعلى هذا إذا قطع الغاصب يد عبد فنقص من قيمته ثلثاه: لزمته الزيادة؛ لأنه فات تحت يده، فيجب السدس بحكم الغصب، والنصف بحكم الجناية، فيلزمه أكثر الأمرين من الأرض^(١) أو قدر النقصان: فلو سقطت يد العبد بأفة في يد الغاصب: فلا يضمن إلا أرض النقصان على هذا المذهب، لأن التقدير خاصيته الجناية.

ولذلك نقول: المشتري إذا قطع يدى العبد المبيع، لا نجعله قابضاً كمال العبد؛ لأن خاصية الجناية لا يتعدى إلى البيع.

أما سائر الحيوانات: فالمتبع فيها النقصان، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: في عين الفرس والبقر ربع قيمته، وهو تحكم.

أما الجمادات: فكل متمول معصوم مضمون.

أما الخمر: فلا يضمن عندنا لا للذمي ولا للمسلم. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يضمن للذمي.

وكذا الخنزير والملاهي أيضاً، غير مضمونة؛ فإن تكسيرها واجب.

نعم، لا يتبع بيوت أهل الذمة، ولكن إذا أظهروها كسرناها.

واختلفوا في حد الكسر المشروع، فقيل: إنه لا تحرق أصلاً؛ إذ فيه إتلاف الخشب، ولكن يرخص، وهو غاية المبالغة.

وقيل: إنه يكفي أن يفصل، بحيث لا يمكن استعماله في المحرم، ولا يكفي قطع الوتر بالإجماع.

وقيل: إنه يرد إلى حد يفتقر إلى من يرده إلى الهيئة المحرمة إلى استئناف الصنعة التي

(١) سبق تعريف [الأرض] وهي: دية الجراحة، ومالا يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب.

يفتقر إليها المبتدئ للصنعة، وهذا هو الأقصَد، كذا القول في كسر الصليب.

أما المنفعة: فيضمن بالتفويت والقوات تحت يد العادية. ولكن من العبد وسائر الأموال، والمكاتب والمستولدة ملحق في ضمان العين، والمنفعة بالقن!

وأما منفعة البضع فلا يضمن باليد إنما يضمن بالإتلاف.

وأما منفعة بدن الحر، إن استخدمه إنسان: ضمنه، وإن حبسه وعطبه، فوجهان؛ أحدهما: بلى؛ للتفويت. والثاني: لا؛ لأنه فات تحت يد الحر المحبوس.

وعلى هذا ينبغي ما إذا أورد الإجارة على عينه ثم سلم نفسه ولم يستعمله؟ إن قلنا بالحبس يضمن، فتستقر الأجرة، وإلا فلا.

وكذلك لو استأجر حراً فهل له إجارته؟

إن قلنا: لا يدخل تحت يده فلا، وإن قلنا: يضمن بالحبس لدخوله تحت يده فيصح الإجارة.

ولو لبس ثوباً وغرم أرش نقص البلى، فهل يندرج تحته أجرة المثل؟ وجهان.

وكذا لو غصب غيباً فاصطاد فهو لمولاه، فهل يسقط به أجرة منفعته لحصوله له؟ وجهان. وفي ضمان منفعة الكلب المغصوب وجهان. ولو اصطاد بكلب، فالصيد للمالك على أحد الوجهين.

الركن الثالث

في الواجب، وينقسم إلى المثل والقيمة

أما المثل: فواجب في كل ما هو من ذوات المثل.

وقيل في حده: إنه كل موزون أو مكيل، وهو باطلٌ بالمعجونات والمعروضات على النار.

وقيل: إنه كل مقدر بالوزن والكيل يجوز السلم فيه، ويجوز بيع بعضه ببعض، وهذا يخرج منه العنب والرطب، وإخراجه عن المثليات بعيد.

ويدخل فيه صنجات الميزان، والملاعق المتساوية في الصنعة الموزونة وليست مثلية.

والصحيح: أنه الذي تتماثل أجزاؤه في القيمة والمنفعة من حيث الذوات لا من حيث الصنعة. وفي المثليات ست مسائل:

الأولى: إذا أعوز المثل رجعنا إلى القيمة، فإن كانت القيمة قد اختلفت في مدة بقاء العين المغصوبة وبعدها، فثلاثة أوجه:

أحدها: أن الواجب أقصى قيمة المغصوب من يوم الغصب إلى يوم التلف؛ لأننا عجزنا عن المثل، فصار كأن لا مثل له، ويرجع إلى قيمة المغصوب.

والثاني: أنا نوجب قيمة المثل؛ لأنه الواجب، فيراعى أقصى القيم من وقت تلف المغصوب إلى وقت إعواز المثل.

والثالث: أنه يرعى أقصى القيمة من وقت الغصب إلى الإعواز، وقيل: إلى وقت الطلب.

الثانية: إذا غرم القيمة ثم قدر على المثل، ففي رد القيمة وجهان:

أحدهما: لا، إذ قد تم القضاء بالبدل، فصار كالصوم في الكفارة.

والثاني: يرد، كالعبد الآبق إذا رجع بعد الغرم.

الثالثة: إذا أتلّف مثليا فظفر به المالك في غير ذلك المكان: لم يطالبه بالمثل؛ لأن مثله هو ما يودى في ذلك المكان ولكن إذا تعذر ذلك، فيغرم في الحال القيمة بالحيلولة إلى أن يتيسر الرجوع إلى ذلك المكان، بخلاف ما إذا مضى زمان فإن إعادة الزمان الماضي غير ممكن فاكفينا بما ليس مثلاً.

وذكر الشيخ أبو محمد وجهاً: أنه يطالب بالمثل عند اختلاف المكان، إلا إذا لم تكن له قيمة؛ كالماء على شط دجلة.

وذكر الشيخ أبو علي وجهاً: أنه إن كان القيمة مثله أو أقل، فله المطالبة، وإن كان أكثر فلا، والمشهور: الأول.

والدراهم والدنانير مثلية، فيخرج على الوجه.

ولو غصب في بلدة وأتلّف في بلدة، فظفر به في ثالث، وقلنا: لا يطالب بالمثل، فله أن يطالب بقيمة أى بلدة شاء من بلدتي الغصب والإتلاف، وكذا يطالب بالمثل في البلديتين إذا ظفر به فيهما.

أما المسلم إليه، قال صاحب التقريب: لا يطالب بالقيمة أيضاً؛ لأنه اعتياض^(١) عن

(١) اعتياض: أى: اعتاض منه: أخذ العوض، واعتاض فلاناً: سأله العوض. انظر: المعجم الوسيط (٦٣٧/٢).

المسلم فيه قبل قبضه، وهذا فيه احتمال، فيمكن أن يقال: يؤخذ للحيلولة ولا تكون معاوضة، فإن لم يقل ذلك فليثبت للمستحق فسح؛ لتعذر الاستيفاء.

الرابعة: إذا كسر آنية قيمتها عشرون. ووزنها عشر، فالنقرة من ذوات الأمثال ففيه وجهان:

أعدهما: أن الوزن يقابل بمثله، والصنعة بقيمتها من غير جنس الآنية؛ حذراً عن الربا.

وفيه وجه: أنه لا يبالى بالمقابلة بجنسه، فيكون البعض في مقابلة الصنعة، كما لو أفرد الصنعة بالإتلاف.

الخامسة: لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي تكليفه ذلك وجهان.
السادسة: لو اتخذ من الحنطة دقيقاً، وقلنا: لا مثل للدقيق، أو من الرطب تمرّاً، وقلنا: لا مثل له.

ففي طريقة العراق: أنه يلزمه الحنطة والتمر؛ لأن المثل أقرب.
والأولى: أن يغير بين المثل والقيمة؛ لأنه قوت كلاهما فأشبه ما لو اتخذ من المثلى مثلياً؛ كالشيرج من السمسم، فإنه يتخير بين المثليين.

القسم الثاني: المتقومات:

وفيه أربع مسائل: الأولى: إذا أبقى العبد المنصوب: طوبى الغاصب بقيمته، للحيلولة، ولا يملك العبد، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، بل لو عاد العبد يجب رده واسترداد القيمة، وما دام العبد قائماً لا يصح الإبراء عن هذه القيمة، ولا يجبر المالك على أخذ القيمة؛ لأنها ليس عين حقه.

وهل يغرم قيمة المنفعة والزوائد الحاصلة بعد الضمان؟ إن كان الغاصب هو الذي عييه في شغله: غرم، وإن هرب العبد فوجهان، وهو تردد في أن علائق الغصب هل تنقطع في الحال بالضمان؟ ولو عاد العبد فهل للغاصب حبس العبد إلى أن يرد إليه القيمة؟

قال القاضي: له ذلك، وأسند إلى نص الشافعي، رضى الله عنه، في غير المختصر.
وكذلك قال: المشتري إذا اشترى شراءً فاسداً يحبس المبيع إلى أن يرد عليه الثمن، وفيما ذكره احتمالاً ظاهر.

الثانية: إذا تنازعا في تلف المصوب. قال بعض الأصحاب: القول قول المالك؛ إذ الأصل عدم التلف.

وقال المحققون: بل القول قول الغاصب؛ فإنه ربما صدق، فتخليد الحبس عليه أبداً غير ممكن. فإن حلف الغاصب على التلف، فقد قيل: لا يطالب المالك الغاصب بالقيمة؛ لأن العين قائمة بزعمه، فلا يستحق القيمة، والأصح: أن له ذلك؛ إذ تعذر بسبب الحلف الرجوع.

أما إذا تنازعا في مقدار القيمة، فالقول قول الغاصب قطعاً؛ لأن الأصل براءة الذمة. فإن أقام المالك شهوداً على الصفات دون القيمة: لم يجز للمقومين الاعتماد على الوصف في التقويم؛ لأن المشاهدة هي المعرفة للقيمة.

نعم، لو أبعد الغاصب في التقليل، فيطالب بأن يترقى إلى أقل درجة محتملة هذه الصفات. وإن قال كل واحد منهما: لا تدري القيمة، فلا تسمع دعوى المالك ما لم يعين، ولا يحين على الغاصب ما لم يعين، وإن قال الغاصب: هو مائة، فأقام المالك شاهداً أنه فوق المائة، ولم يعينوا: قبلت الشهادة في وجوب الزيادة على المائة، وقيل: إنه لا تقبل.

الثالثة: إذا تنازعا في عيب في أصل الخلقة. فالقول قول الغاصب: إذ الأصل عدم السلامة، وقيل: لا بل الظاهر هو السلامة. ولو اختلفا في صنعة العبد، فالقول قول الغاصب. وقيل: بل القول قول المالك؛ لأنه أعرف بالصنعة، وهو ضعيف.

الرابعة: إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد المصوب. فالقول قول الغاصب؛ لأن العبد وما عليه في يده، فإذا قال: هو لي لم تزل يده إلا بيينة.

الباب الثاني

في الطوارئ على المصوب في نقصان أو زيادة أو تصرف

وفيه ثلاثة فصول:

الأول: في النقصان

وفيه مسائل: الأولى: إذا غصب شيئاً يساوي عشرة فعادت قيمته إلى درهم فرد العين: لم يلزمه النقصان؛ خلافاً لأبي ثور؛ لأن الغائب هو رغبات الفارس، ولم يفت من العين شيء.

وإن تلف بعد أن عاد إلى درهم؛ لزمه قيمته عشرة إن كان من ذوات القيمة، وإلا فيشتري مثله بدرهم.

ولو غصب ثوباً قيمته عشرة فعاد إلى خمسة، ثم لبسه حتى عاد إلى أربعة، فقد نقص باللبس درهمٌ وهو خمس الثوب؛ فالقدر الفائت يغرمه بأقصى القيم وهو درهماً وخمس العشرة، فيردهما مع الثوب، فما بقي اكتفى به، وما فات غرم بحساب أقصى القيم. وهذا حكم الفوات والتفويت.

ولو جنى على ثوب فمزقه خرقاً: لم يملك الخرق عندنا، ولكن يرد ما بقي مع أرش النقص، ليس للمالك سواء.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: الغاصب يملك الخرق، ويضمن الكل.

هذا إذا كانت الجناية واقعة. فلو بل الخنطة حتى استمكن العفن السارى منه:

قال الشافعي، رحمه الله: يتخير المالك بين أن يطالبه بالمثل، أو يأخذ الخنطة المبلولة، ويغرمه الأرش، وهو بخلاف قياس الشافعي، رضى الله عنه؛ إذ المبلولة لها قيمة على كل حال وهو عين ملك المالك فليتعين له.

فخرج بعض الأصحاب قولاً كذلك، وهو: أنه ليس له إلا الأرش.

ومن قرر النص وجه بأنه نقصان لا موقف لآخره حتى يضبط، وطرد هذا فيما لو اتخذ الحلوة من الدقيق والسمن والفانيل.

وتردد الشيخ أبو محمد في السل والاستسقاء في العبد من حيث إنه لا وقوف له غالباً إلى الهلاك، فهو من وجه كالأهلاك.

أما إذا طحن الخنطة فلا وجه إلا الرد للدقيق، فإن ليس بإهلاك وإن كان يقصر مدة الادخار.

هذا في غير العبد، أما العبد فيضمن الغاصب جملته بأقصى قيمته، تلف أو أتلف.

وإن قطع إحدى يديه: غرم أكثر الأمرين من أرش النقص أو مقدار اليد، إن قلنا: إن أطراف العبد مقدرة، والزيادة على المقدر للفوات تحت يده.

ولو سقطت يده بأفة سماوية، فالأصح: أنه لا يضمن المقدر؛ لأن التقدير خاصيته الجناية.

وإن قطع يد العبد فى يد الغاصب غير الغاصب، فالمالك يتخير فيطالب القاطع بالمقدر، أو الغاصب بأرش النقص.

فإن زاد المقدار، فهل يطالب الغاصب بتلك الزيادة؟ فيه وجهان منشؤهما: أنه وجب بجناية ولكن من غيره فى يده.

ولو قطعت يد العبد قصاصاً أو فى حد، فهو من حيث إنه مهدرٌ يضاهى السقوط بأفة، ومن حيث إنه قطعٌ يضاهى الجناية: ففي لزوم المقدر على الغاصب تردد.

فروع: لو قتل العبد قتل قصاص، فاستوفى السيد القصاص: لم يبق له على الغاصب مطالبة بقيمته، وإن كان قيمة العبد القاتل أقل؛ لأنه بالاستيفاء كأنه استرد، فهو فى حق الغاصب كالاسترداد.

ولو كان تعلق برقبة العبد مالاً، فهو فى حق مستحق المال كالموت؛ حتى لا يجب على السيد الفداء بأن قتل قاتله؛ لأن غرض القصاص يعم أعراض المالية.

وهل له أن يعفو على غير مال؟ يبنى على القولين فى موجب العمد.

المسألة الثانية: إذا نقص العبد؛ بأن جنى جناية استحق عليها القصاص فقتل: كان للسيد مطالبة الغاصب بأقصى قيمته؛ لأنه مات بجناية تحت يده.

ولو تعلق الأرش برقبته، فيغرم الغاصب للمجنى عليه أرش الجناية، كما يغرمه المالك إذا منع البيع، وكان الغاصب مانعاً.

فإن مات العبد فى يده بعد الجناية: يغرم للمالك قيمته، وللمجنى عليه الأرش، فإن سلم القيمة أولاً كان للمجنى عليه أخذ القيمة من المالك؛ لأنه بدل عبد تعلق برقبته حقه ثم إذا أخذه المجنى عليه رجع المالك بما أخذه على الغاصب؛ لأنه لم يسلم له.

المسألة الثالثة: إذا نقل التراب من أرض المالك، وتلف التراب فهو من ذوات الأمثال، وإن كان باقياً، فله أن يطالبه بالرد وتسوية الحفر، فإن أبى المالك لم يكن للغاصب أن ينقل التراب إلى ملكه بغير إذنه، فإنه تصرف فى ملكه، إلا إذا كان يتضرر بالتراب بكونه فى ملكه أو فى شارع يخاف أن يتعثر به غيره ويضمن، فله أن يرد إلى ملكه إن لم يجد مكاناً آخر.

وقد نقل العراقيون من نص الشافعى، رضى الله عنه: أنه يجب أرش نقصان الحفر على الغاصب، وفى البائع إذا أحدث الحفر بقلع أحجار كانت له فيه، أنه يلزمه التسوية، ثم ذكروا طريقتين:

أحدهما: قولان: بالنقل والتخريج، أحدهما: لا، من حيث إنه مقابلة فعل بمثله، فهو بعيد؛ كتكليف بناء الجدار بعد هدمه، والثاني: بلى؛ لأن التسمية كما كان ممكن، والبناء يختلف.

والطريقة الثانية: الفرق تغليظاً على الغاصب في مطالبته بالأرض بعدوانه.

أما إذا حفر بئراً في داره، فللغاصب طمها؛ لأنه في عهدة الضمان لو تردى فيها إنسان، فلو قال المالك: أبرأتك عن الضمان، فهل ينزل ذلك منزلة الرضا بالحفر ابتداء فيه في سقوط الضمان؟ وجهان: فإن قلنا: نعم، فليس له طمها، وإلا فله ذلك؛ نفياً للعهد.

المسألة الرابعة: إذا أخصى الغاصب العبد: يلزمه كمال قيمته.

فإن سقط ذلك العضو بأفة سماوية فلا يلزمه شيء؛ لأن القيمة تزيد به ولا ينقص. وكذا إذا كان سمياً سمناً مفرطاً، فنقص بعضه وزادت به قيمته: لم يلزمه شيء.

وإن أخذ زيتاً وأغلاه حتى رده إلى نصفه، ولم تنقص قيمته: يلزمه مثل ما نقص؛ لأن له مثلاً بخلاف السمن.

ولو أغلى العصير حتى نقص وزنه وزادت قيمته، فيجب مثل ما فات.

وقال ابن سريج: لا يجب؛ لأن الفائت هو المائة التي لا قيمة لها بخلاف الزيت، فإن جميع أجزائه متقومة.

ولو هزلت الجارية ثم عادت سمينة، أو نسيت الصنعة، ثم عادت وتعلم أو تذكر، ففي وجوب ضمان ما فات وجهان.

أحدهما: أنه يجب، وإنما العائد رزقٌ جديد. والثاني: أنه ينحبر به؛ لأنه رد كما أخذ.

وفي التذكر أولى بأن ينحبر؛ لأنه عاد ما كان بالتذكر، بخلاف السمن، وكذا لو كسر الحلوى ثم أعاد مثل تلك الصنعة، فعلى الخلاف.

ولو أعاد صنعة أخرى لا ينحبر وإن كان أرفع مما كان، حتى لو غصب نقرة قيمتها درهم، واتخذ منه حلماً قيمته عشرة، وجب رد الحلوى ولا يتقوم له صنعة؛ لأنه متعد بها، وللمالك أن يجبره على الكسر، والرد إلى ما كان.

فإن نقص بكسره قيمة النقرة: غرم النقصان فلا يغرم نقصان الكسر؛ فإنه مجبرٌ عليه،

ولو كسر بنفسه دون إجبار: غرم وإن كان من صنعه؛ لأنه صار ملكاً للمالك تبعاً للنقرة.

ولو غصب عصيراً فصار خمرًا: غرم العصير بمثله لقوات ماليته، فلو انقلب خلًا فوجهان:

أحدهما: أنه يطالبه بمثل العصير، والخل أيضًا له، وهو رزقٌ جديد. والثاني: أنه يسترد الخل وأرش النقصان إن نقص قيمة الخل من العصير، وهذا أعدل.

ومثل هذا الخلاف حار في البيضة إذا تفرخت، والبذر إذا تعفن وصار زرعًا، والأصل الاكتفاء بالزرع والفرخ؛ لأنه استحاله في عين ملكه.

ولو غصب خمرًا فتخلل في يده، أو جلد ميتة فدبغه، ففي الجلد والخل ثلاثة أوجه: الأصح: أنه للمغصوب منه.

والثاني: أنه للغاصب؛ إذا حدثت المالية بفعله. والثالث: أن الجلد للمغصوب منه، فإن اختصاصه به كان محترقًا بخلاف الخمر.

الفصل الثاني: في الزيادة

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: زيادة الأثر:

كما إذا غصب حنطة فطحنها، أو نقره فصاغها، أو ثوبًا فقصره أو خاطه، أو طنا فضربه لبنًا: فلا يملك الغاصب بشيء من ذلك.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إذا أبطل أكثر منافعه ملكه، ثم لا يصير الغاصب شريكًا بسبب الصنعة؛ لأنه عدوانٌ لا قيمة له فهو للمالك، وللمالك أن يجبره على إعادته إلى ما كان إن أمكن ذلك، أو تغريمه أرش النقصان إن نقص.

المسألة الثانية: زيادة العين:

بأن غصب ثوبًا قيمته عشرةً وصبغه بصبغ من عنده قيمته عشرةً، فإن كان الثوب يساوي عشرين: فهو بينهما، فيباع بعشرين ويأخذ كل واحد عشرة، وإن وجد زبونٌ اشترى بثلاثين: صرف إلى كل واحد خمسة عشر، ولم يكن الصبغ كالخياطة، فإن الخياطة عين العدوان، والصبغ عين مملوكة.

وإن كان يشتري بخمسة عشر، فلصاحب الثوب عشرة، وللغاصب خمسة، والنقصان محسوبٌ على الصبغ، فإنه تابعٌ.

ولو لم يشتري إلا بعشرة: فالكل لصاحب الثوب. ولو لم يشتري إلا بشمانية: غرم الغاصب درهمين.

وهكذا التفصيل فيما لو طير الريح ثوبًا وألقاه في إجانة صباغ.

وكذلك إذا غصب الصبغ من إنسان والثوب من إنسان، فإن أثر العدوان لا يظهر في إبطال الملك من عين الصبغ وهو عين ماله.

هذا كله إذا كان الفصل غير ممكن. فإن قبل الصبغ الفصل فللغاصب أن يفصله كما له أن يقطع غراسه وزرعه، وإن كان يؤدي إلى نقصان الثوب، ولكن يفصل ويغرم أرش النقصان، فإن امتنع الغاصب فللمالك أن يجبره على الفصل، ويغرمه أرش نقصان الثوب، كما في الغرس، ونقل العراقيون عن ابن سريج: أنه لا يجبر؛ لأنه يؤدي إلى تفويت الصبغ، فهو تمتعت محض بخلاف الزرع والغراس؛ لأن الصبغ يضيع بالفصل، فإن كان لا يضيع، يجبر، إلا إذا ظهر في الثوب نقصان لا يفي الصبغ المفصول به فهو أيضًا ضياع.

فروع: أحدها: أن يبيع الثوب دون الصبغ والصبغ دون الثوب فيه وجهان، كالوجهين في قطعة أرض لا ممر لها، إلا بأن يشتري لها ممر؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر.

الثاني: إذا أراد المالك بيع الثوب: أجبر الغاصب على بيع الصبغ؛ إذ لا يرغب في الثوب دون، فلا يعطل قيمة الثوب عليه.

ولو أراد الغاصب بيع الصبغ، فهل يجبر المالك على بيع الثوب؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهما شريكان، فلا يفترقان. والثاني: لا؛ لأنه متعد بصبغه، فلا يملك الإجبار.

الثالث: لو قال الغاصب: وهبت الصبغ من المالك، فهل يجبر على القبول؟ فيه وجهان مطلقان في طريقة العراق. ووجه الإجبار: التبعية كما في نعل الدابة المردودة بعيب قديم، إذا كان النعل للمشتري، والوجه أن يفصل، فإن كان الصبغ معقودًا لا يمكن فصله فيجبر أو قبل الفصل من غير نقصان ظاهر في الصبغ والثوب فلا يجبر على القبول؛ إذ لا ضرورة للغاصب في التملك.

وإن كان يقبل الفصل وينقص قيمته وقلنا: إنه يجبر على الفصل فعند هذا له ضرورة في التملك، فينقذ وجهان، ووجه الفرق بينه وبين النحل مع الاشتراك في نوع ضرورة: أنه متعد.

الرابع: لو قال المغموب منه: أبدل قيمة الصبغ وأملكه عليك؛ كما يفعل معير الأرض بغراس المستعير، لم يمكن منه؛ لأنه قادرٌ هاهنا على إجباره على الفصل مجاناً، أو على البيع، وبيع الثوب سهلٌ بخلاف العقار.

المسألة الثالثة: إذا غصب أرضاً وبني فيها أو زرع أو غرس:

فحكمه حكم الصبغ القابل للفصل، وقد ذكرناه.

المسألة الرابعة: في الخلط:

إذا خلط الزيت المغموب بزيت هو ملكه. نص الشافعي، رضى الله عنه، يشير على أنه هلك في حق المغموب فيه؛ إذ قال: للغاصب أن يسلم إليه مثل حقه من أى موضوع شاء، وقياس مذهبه: أن يتعين فيما خلطه به وأن يصيرا شريكين؛ إذ ليس المالك بأن يقدر هلاك زبته بأولى من الغاصب، ولا أثر لفعل الغاصب عند الشافعي رضى الله عنه.

فمن الأصحاب من قرر النص وقال: الزيت إذا اختلط بالزيت انقلب، وهذا تعليل الشافعي رضى الله عنه.

والإشكال قائم؛ إذا الخلط من الجانبين، فلم كان الهالك ملك المغموب منه؟ ومنهم من خرج قولاً على القياس وطرد قولين.

ومنهم من قطع بأنه لو خلط بمثله فهما شريكان. ولو خلط بالأجود أو الأرداء، فقولان.

التفريع: إن قلنا: هلك حقه، فيغرم المثل من أين شاء.

فإن سلم ما هو الأرءأ فله الرد، وإن سلم ما هو أجود فعليه القبول. وإن قلنا: يبقى ملكه، فلو خلطه بالمثل: قسم بينهما.

وإن خلط مكيلاً قيمتها درهم بمكيلة قيمتها درهمان: فتباع المكيلتان ويقسم بينهما على نسبة الملك.

فلو قال المالك: آخذ ثلثي مكيلة عن حقي، فنص الشافعي، رضى الله عنه: المنع؛ لأنه ربا.

ونقل البويطى: الجواز، وكأنه أسقط بعض حقه، وسمح عليه بصفة الجود فى الباقي، وهو بعيد.

فروع: أحدها: خلط الدقيق كخلط الزيت.

الثانى: خلط الزيت بجنس آخر كالشيرج، فيه طريقان: منهم من قطع بأنه كالهالك، ومنهم من طرد الخلاف.

الثالث: خلط ماء الورد بالماء، فإن بطلت رائحته: فإهلاكه، وإلا فهو خلطٌ بغير الجنس.

الرابع: خلط الحنطة البيضاء بالحمراء، أو السمسم بالكتان: فعليه التمييز، وإن تعب فيه لأنه متعدد فيه.

المسألة الخامسة: فى التركيب:

فإذا غصب ساحة، وأدرجها فى بناءة: نزع وهدم عليه بناؤه، خلافاً لأبى حنيفة.

ولو غصب لوحاً وأدرجها فى سفينة فكمثل، إلا إذا كان فيه حيوانٌ محترم أو مالٌ لغير الغاصب، وأدى نزره إلى فواته، فيغرم الغاصب القيمة فى الحال؛ للحيلولة، ويؤخر نزره إلى أن ينتهى إلى الساحل. وإن لم يكن فيه إلا مال الغاصب فوجهان:

أحدهما: لا يبالى به، فإنه متعدد، ولذلك نخسره فى مؤنة الرد مالاً، وهذا كمؤنة الرد.

والثانى: أنه يؤخر؛ لأن ماله محترمٌ فى غير محل العدوان، بخلاف البناء على الساحة فإنه عدوانٌ، بخلاف مؤنة الرد، فإنه سعى فى الخروج عن الواجب.

أما إذا غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان محترم، ونخيف من النزع الهلاك، فلا يجب إلا القيمة. وكل حيوان متمول لا يؤكل لحمه فهو محترمٌ.

وفيما يؤكل لحمه خلاف؛ لأن ذبحه ممكنٌ ولكنه لغير مأكلة، وهو منتهى عنه، وأما الخنزير والكلب العقور: فينزع منه، وفى العبد المرتد والميت خلاف؛ لأن المثلة أيضاً فيهما محذورٌ، فلا يبعد أن يقاوم غرض الاختصاص بمالية العين.

ولو كان يخاف من نزع الخيط من آدمى طول الضنى، وبقاء الشين، فيه خلاف كمثله فى العلول إلى التيمم عن الوضوء.

وحيث منعنا النزع، فيجوز الأخذ ابتداءً من مال الغير إذا لم يجد غيره، وإن تعدى

فى الابتداء وصار إلى حال يخاف النزاع فلا ينزع الآن؛ للضرورة.

فرعان: أحدهما: فصيلٌ أدخله فى بيته فكبر فيه؟ ينقض بناؤه ويخرج؛ لأنه متعد. وإن دخل بنفسه، فيخرج لحق الحيوان. وهل يغرم صاحب الفصيل أرش النقص؛ لتخليص ملكه؟ فيه خلاف.

وكذا إذا سقط دينارٌ فى محبرة بقصد صاحب المحبرة أو بغير قصده، فهو كالفصيل. الثاني: زوج خف يساوى عشرة، غصب غاصبٌ فرد خف، وقيمة الباقي ثلاثة، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يغرم سبعة؛ لأن ما أخذه يساوى ثلاثة، والباقي فات بأخذه. والثاني: يغرم ثلاثة؛ لأنه قيمة ما أخذه، فليشتر به المالك فرد خف؛ ليعود كمال قيمته. والثالث: يغرم خمسة توزيعاً لنقصان الانفراد، فإنه لو أنلف غيره الفرد الثانى لوجب التسوية بينهما.

الفصل الثالث: فى تصرفات الغاصب

والنظر فى طرفين:

الأول فى الوطء:

فإذا باع حاريةً مفضوبةً فوطئها المشتري، إن كان عالماً بالغصب: لزمه الحد، ويلزمه المهر إن كانت الجارية مستكرهة، وإن كانت راضية فوجهان: أحدهما: يجب؛ لأن المهر للسيد، فلا أثر لرضاها بخلاف الحرية. والثاني: لا لقوله، عليه السلام: ولا مهر لبغية^(١)، وهذا عام.

ثم إن وطئ على ظن الجواز، فلا يلزمه إلا مهرٌ واحدٌ، وإن وطئ مراراً، ما دامت الشبهة متحدة؛ اعتباراً لسبب الحرمة بالنكاح الذى هو الأصل.

(١) الحديث لم يرد بهذا اللفظ، وقد سبق تخريج حديث فى معناه وحكمه عن أبى مسعود الأنصارى رضى الله عنه: [أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغى، وحلوان الكاهن] أخرجه البخارى (٢٢٣٧)، ومسلم (١٥٦٧)، وغيرهما كما سبق. وورد بلفظ [نهى عن مهر البغى] أخرجه أحمد (٢٣٥/١) وابن أبى شيبة (٣٧٥/٤) ولفظ [نهى عن مهر البغى وثمن الكلب] أخرجه ابن أبى شيبة (٢٣٤/٦)، وابن أبى شيبة (٢٤٤/٦). ولفظ [نهى عن مهر البغى وعصب الفحل] أخرجه البيهقى (٦/٦) وابن أبى شيبة (٢٤٤/٦). ولفظ [نهى عن مهر البغى وكسب الحمام] أخرجه ابن أبى شيبة (٢٤٥/٦).

وإذا أوجبنا المهر في صورة الاستكراه، ووطئ مراراً: تردد فيه الشيخ أبو محمد، وميل الإمام إلى التعدد؛ لأن مستنده الإتلاف لا الشبهة، وقد تعدد الإتلاف.

وهل للمالك مطالبة الغاصب بالمهر، فإنه وجب بالوطء في يده؟ فيه تردد من حيث إن اليد لا تثبت على منافع البضع، وهذا بدله.

أما الولد، فهو رقيقٌ إن كان عالمًا، ولا نسب له، فإنه ولد الزنا.

وإن انفصل حياً انفصل من ضمانه، فإن مات ضمنه، وإن انفصل ميتاً، فالأظهر: أنه لا يضمن، لأنه لم يستيقن حياته، بخلاف ما إذا انفصل ميتاً بجناية، فإنه يحال الموت على السبب الظاهر، وفيه وجه: أنه يضمن، لأنه مات تحت يده، بخلاف الولد لو كان حراً عند الجهل، وانفصل ميتاً، فإن اليد لا تثبت على الحر.

وعلى هذا لا يمكن أن يغرم عشر قيمة الأم؛ لأنه فوات بأفة سماوية والتقدير نتيجة الجناية، فيلزم أن يغرم كل قيمته بتقدير حياته، وكذلك في البهيمة، وهو بعيد.

الطرف الثاني: فيما يرجع به المشتري على الغاصب:

إن كان عالمًا: لم يرجع بشيء؛ لأنه غاصبٌ مثله وتلف تحت يده.

وإن كان جاهلاً: فلا يرجع بقيمة العين إن تلف تحت يده؛ لأنه دخل فيه على شرط الضمان. ونقل صاحب التقريب قولاً في القدر الزائد على الثمن: أنه يرجع به.

أما زيادة القيمة قبل قبض المشتري: لا يطالب به المشتري بحال، وإنما يطالب به الغاصب.

وأما أجرة المنفعة التي فاتت تحت يده يرجع بها. وما فات باستيفائه فيخرج على قولي الغرور مع مباشرة الإتلاف. فكذا مهر المثل إذا غرمه بالوطء، فإنه متلف، والغاصب غار والمتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر؛ لأنه دخل على قصد ضمان البضع، ويرجع المشتري بقيمة الولد؛ لأن الشراء لا يوجب ضمانه، وكذا الزوج.

ولو بنى فقلع بناءه، فالأظهر: أنه يرجع بأرض نقض الهدم على الغاصب؛ لأنه فات بغروره، وإليه ميل القاضى.

وفيه وجه: أنه متلفٌ بالبناء، فلا يرجع، ولا خلاف أنه لا يرجع بما أنفق؛ لأن ذلك يتفاوت فيه الناس.

ولو تعيب المغصوب في يد المشتري، نص الشافعي، رضي الله عنه: أنه يرجع.

قال المزني: هو خلاف قياسه؛ لأن الكل من ضمانه حتى لم يرجع فيه فكيف يرجع بالأجزاء؟ فمن الأصحاب من وافق.

وذهب ابن سريج إلى تقرير النص، وهو أن ضمان المشتري ضمان عقد، والعقد لا يوجب ضمان الأجزاء، وكذلك إذا تعيب قبل القبض وجب الإجارة بكل الثمن.

ولو باع عبدًا بجارية، ثم رد الجارية بالعيب، والعبد معيبٌ بعيب حادث: لم يجز له طلب الأرض معه، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته، فلا يضمن أجزاؤه مع رد عينه.

فرع: نقصان الولادة، عندنا، لا ينجبر بالولد، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله عليه.

* * *

كتاب السلم والقرض

وفيه قسمان:

القسم الأول: السلم^(١)

والأصل فيه قوله، عليه السلام: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»^(٢).

والدين يثبت في الذمة اختياراً بالمعاوضة والقرض. أما المعاوضة فالبيع، وفي معناها سائر المعاوضات في حق إثبات المال في الذمة.

وأما السلم، ففيه ثلاثة أبواب:

(١) [السَّلْمُ] لغة: الاستسلام. والسلم: التسليم. والسلم: الأسر من غير حرب. والسلم: بيع شيء موصوف في الذمة بثمن عاجل. والسلم: شجر من العضاء يُدبغ به. وهو: السَّلَفُ وزنًا ومعنى، وذلك المعنى هو بيع الآجل بالعاجل، وإن لم يستكمل الشروط، فهما مترادفان، وهو ما يشعر به قوله ﷺ: [من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم] وقوله من: [أسلم في شيء، فلا يصرفه إلى غيره] والسلم، والسلف مترادفان فالأول لغة أهل الحجاز، والثاني لغة أهل العراق، وهما يدلان على معنى واحد؛ وهو بيع الآجل بالعاجل، كما سبق. انظر: المعجم الوسيط (٤٤٦/١)، لسان العرب (٢٠٨١/٣)، والمصباح المنير (٢٨٦/٢).

(٢) الحديث باللفظ الذي أورده المصنف ذكره الألباني في إرواء الغليل (٢١٨/٥)، وابن أبي حاتم الرازي في علل الحديث (١١٥٨) وللحديث ألفاظ أخرى كثيرة أصحها ما رواه الشيخان وغيرهما. فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالثمر الستين والثلاث، فقال: [من أسلف في شيء فقي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم] أخرجه البخاري (٢٢٤٠) والزيلعي في نصب الراية (٤٧/٤) والتبريزي في مشكاة المصابيح (٢٨٨٣)، والمتقي في كنز العمال (١٥٥٢٦) والألباني في إرواء الغليل (٢١٦/٥).

ورود بلفظ [من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم] أخرجه مسلم (١٦٠٤/٢٨) والنسائي (٢٩٠/٧) وابن ماجه (٢٢٨٠) والترمذي (١٣٢١، ١٣١١) وأبو داود (البورع ب٥٧) والطبراني في الكبير (٢٣٠/١١) وفي الصغير (٢١٢/١) والدارقطني (٣/٣) والسيوطي في الدر المنثور (٣٧٠/١) وابن حجر في تلخيص الحبير (٣٢/٣) والزيدي في إتخاف السادة (٤٥١/٥) والساعاتي في بدائع المنن (١٣١٢) والبغوي في شرح السنة (١٧٣/٨).

الباب الأول: في شرائطه

وهي سبعة:

الأول: أن يكون المسلم فيه ديناً:

لأن لفظ السلم والسلف للدين، فإن قيل: فلو عقد البيع بلفظ السلم بأن قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد.

قلنا: لم ينعقد سلماً، وفي انعقاد البيع به قولان ذكرهما القاضي:

أحدهما: لا؛ لأن لفظ السلم ينبو عن العين. والثاني: نعم؛ لأن المقصود بحكم الحال صار معلوماً منه، وهو قريب مما إذا قال: بعتك بلا ثمن. أنه هل ينعقد ذلك هبة؟

فإن قيل: فلو أسلم بلفظ الشراء، فقال: اشتريت منك مائة كر من حنطة صفتها كيت وكيت؟ قلنا: ينعقد ذلك.

وفي ثبوت شرائط السلم، من تسليم رأس المال، ومنع الاعتياض، وجهان:

أحدهما: أنه يثبت؛ لأن هذه الشرائط منوطة ببذل المال في مقابلة دين، لا باسم السلم. والثاني: أنه منوطٌ باسم السلم؛ إذ ليس يعقل فيه المعنى.

نعم، هل يجوز الاعتياض على هذا عن الحنطة؟ فيه طريقتان: منهم من قال: فيه قولان، كما في الثمن. ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنه مقصودٌ في جنسه بخلاف الثمن.

فإن قيل: هل يشترط في المسلم فيه بعد كونه ديناً تأجيله؟ قلنا: لا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله؛ إذ قال الشافعي، رضي الله عنه: إذا جاز السلم مؤجلاً فهو حالاً أجوز، وعن الغرر أبعد.

ثم له ثلاثة أحوال: أن يصرح بالحلول، فهو حال. والآخر: أن يطلق، ففيه وجهان:

أحدهما: البطлан؛ لأن مطلقه يشعر بالأجل، وهو مجهول. والأصح: الصحة؛ لأن السلم بيعٌ إلا أنه في دين.

الثالثة: أن يصرح بالأجل، فلا بد وأن يكون معلوماً.

وفيه مسائل: الأولى: أن التأجيل بالحصاد والعطاء والقطاف والدياس، وما يتقدم ويتأخر: فاسدٌ فإنه مجهول.

والمذهب: جواز تأقيته بالتبروز والمهرجان؛ فإنه معلوم، وكذا بفصح النصارى وفطر

اليهود، إن كان يعلم ذلك دون مراجعتهم؛ فإنه لا يعتمد على أقوالهم.

ولو أقت بنفر الححيح، فوجهان؛ لأن للححيح نقرين.

ومن صحح نزل على الأول، وهو جار في تأجيله إلى ربيع وجمادى؛ فإنه متعدد، وتعيين الأول للأداء محتمل.

الثانية: لو قال: إلى شهر رمضان أو إلى أول يوم الجمعة: يصح، ويحل الأجل بأول جزء من رمضان والجمعة.

ولو قال: تؤديه في رمضان، أو في الجمعة: لم يجوز؛ لأنه جعله ظرفاً ولم يبين وقته. ولو قال: إلى ثلاثة أشهر، وهو وقت مستهل الهلال: حسب الأشهر الثلاث بالأهلة.

وإن كان في أثناء الشهر كمل ذلك الشهر ثلاثين، واحتسب شهران بالأهلة، اتباعاً لفهم أهل العادة في اتباع الأهلة.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إذا انكسر شهرٌ واحد كمل كل شهر ثلاثين ثلاثين.

أما إذا قال: إلى أول الشهر أو إلى آخره:

قال الأصحاب: هو باطل؛ لأن أول الشهر يعبر به عن النصف الأول، والعشر الأول. وكذا الآخر، فهو مجهول.

قال إمام الحرمين: إذا لم يكن للشافعي، رضى الله عنه، فيه نص، والمسألة لفظيةٌ فليس يبعد مخالفة الأصحاب؛ إذ يظهر أن يقال: المفهوم منه أول جزء من الشهر. وآخر جزء منه، فلا فرق بين أن يقول: إلى رمضان، أو يقول: إلى أول رمضان، ولا بين أن يقول: إلى العيد: أو إلى آخر رمضان.

الثالثة: قال الشافعي، رضى الله عنه: لو لم يذكر أجلاً فذكره قبل التفرق: جاز، وهذا يكاد يكون إلحاق زيادة بالعقد في مجلس العقد، وطرده الأصحاب في إلحاقات الزيادات في المجلس.

وكان الشافعي، رضى الله عنه، يقول: السلم المطلق لا يصرح بالحلول، بل هو موقوفٌ في حق الأجل، على أن يتفرقا فالمجلس وقت البيان للأجل، ولو ذكر أجلاً مجهولاً وحذف في المجلس لم ينقلب العقد بعد فساد صحته؛ لأن المجلس حريمٌ لعقد منعقد، فإذا فسد فلا حريم له.

وحكى عن صاحب التقريب وجه: أنه ينحذف، وهو بعيد.

الشرط الثانى: القدرة على التسليم:

والعجز مانع، وهو ينقسم إلى المقارن والطارئ.

أما المقارن: فلو أسلم فى مفقود حالة العقد موجود لدى المحل: صح عندنا، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن القدرة عنده تعتبر وقت الوجوب بحكم الشرط، ولو كان مفقود الجنس لدى المحل: بطل وفقاً.

وإن وجد فى موضع آخر، فإن قرب من البلد بحيث ينقل إليه ذلك الشيء لغرض المعاملة: حاز، وإن كان لا ينقل إلا فى مصادرة أو بخفة مع عسر: فلا يصح.

ولو أسلم فى وقت الباكورة فى قدر كثير يتعسر تحصيله، ولكن يمكن بعد عسر: ففيه وجهان، وهو قريب من بيع الطائر المفلت فى دار فيحاء بعسر أخذه، ولم يذكر هذا الوجه فيما يعسر نقله إلى مكان التسليم؛ لأن التشاغل بنقله قبل وجوبه لا يجب، وبعد وجوبه يقتدر إلى مدة فيتراخى عن وقت الاستحقاق، وليس يبعد أيضاً ذكر وجه فيه.

أما العجز الطارئ: فهو طرئان آفة قاطعة للجنس، ففى انفساخ العقد قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لو اقترن بالابتداء لمنع فأشبه تلف المبيع قبل القبض. والثانى: لا؛ لأن الوفاء به فى السنة الثانية ممكن، والعقد واردٌ على الذمة فأشبه إباق المبيع، فإنه يثبت الخيار، ثم ليس هذا الخيار على الفور، وهو كخيار الإباق وخيار المرأة فى الإيلاء؛ لأنه نتيجة حق المطالبة بالمستحق وهو قائمٌ متحدةً فى كل حال.

والأصح: أنه لا يسقط. وإن صرح بالإسقاط، كما لا يسقط بالتأخير، وفيه وجه: أنه يسقط.

فرع: لو انقطع قبل المحل وعلم دوام الانقطاع إلى المحل: ففى تنحيز الانفساخ والفسخ قولان بضاهيان ما إذا قال: والله لا أكلن هذا الطعام غداً فتلف قبل الغد بأفة، هل يحث فى الحال؛ وهو محتملٌ جداً.

الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه معلوم الوصف:

ولا يمكن استقصاء كل وصف مقصود، ولكن كل وصف مقصود تختلف به القيمة اختلافاً ظاهراً، فقد صاغ أهل اللغة عنه عبارة، فلا بد من ذكره، ثم ينزل كل وصف

على أقل الدرجات، فإذا ذكر عبداً كاتباً لم يشترط التبحر فيه، بل ما يطلق عليه الاسم.

فرعان: أحدهما: أن الوصف المعروف ينبغي أن يكون معلوماً لغير المتعاقدين؛ حتى يرجع إليهم عند التنازع، ولسنا نعني به الإشهاد على السلم، بل نريد به الاحتراز عن اللغة العربية التي لا يفهمها أهل الاستفاضة، فإن فهمها عدلان سوى المتعاقدين دون أهل الاستفاضة ففيه وجهان.

وكذا المكيال ليكن معروفاً لغيرهما، فلو لم يعرفه إلا عدلان فوجهان.

الثاني: لو أسلم في الجيد: جاز، ونزل على أقل الدرجات، وفي الأجود لا يجوز؛ إذ لا جيد إلا وفوقه جيد، فله أن يطلب غير ما يسلم إليه.

ولو أسلم في الردئ: لم يحز إلا في رداءة النوع، كالجعرورة؛ لأن رداءة العيب لا ضبط لها.

ولو أسلم في الأردأ فوجهان، والأصح: الجواز؛ لأن طلب الأردأ مما يسلم إليه من ردئ تعنت وعناد.

الشرط الرابع: تعريف المقدار بالوزن أو الكيل في المسلم فيه:

ويجوز الوزن في المكيل، والكيل في الموزون، بخلاف الربويات؛ فإن ذلك مبني على التعبد.

نعم، لا يصح السلم في مكيال من المسك والعنبر، فإن ذلك لا يعد ضبطاً فالمتبع المعرفة المعتادة.

أما المعدودات: فلا يكفى فيها العدد؛ لتفاوتها، بل لابد من الوزن، فيسلم في البطيخ، والرمان، والبيض، والبادنجان بالوزن.

وفي الجوز واللوز قد لا يضبط الوزن؛ لتفاوت القشور، ولكن إن وجد نوعٌ يتساوى غالباً عرف بالوزن.

ويجمع في اللبانات بين الوزن والعدد؛ لأن ذلك لا يعز وجوده، فإنه مضروبٌ بالاختيار، وكذا الآجر إن لم نلحقه بالدنس على رأى؛ لأثر النار فيه.

فرع: إذا عين مكيالاً لا يعتاد الكيل به، كالقصعة والكوز: بطل العقد به لعلتين:

أحدهما: الجهل بقدر المسلم فيه، فإنه لا يدري أن الصفقة رابحة أم خاسرة.

والأخرى: أنه ربما يتلف. فيتعذر الوفاء بالعقد، والسلم يصاب عن غرر لا غرض فيه.

ولو قال: بعثك من هذه الصبرة بماء هذا الكوز، فالأصح: الصحة؛ لأن الأقوى التعليل بالغرر وتوقع التلف في السلم، ومن علل بالجهل أبطل البيع.

والسلم الحال متردد بين البيع والسلم المؤجل، ففيه وجهان.

أما إذا عين مكيالاً معتاداً، لو شرط الكيل به: فلا يتعين؛ إذ لا غرض فيه، وهل يفسد به العقد؟ فيه وجهان: والأصح: صحة العقد؛ لأنه هذيان لا يتعلق به غرض.

فإن قيل: فلو عين شجرة أو بستاناً، وقال: أسلمت إليك من ثمرة هذا البستان؟

قلنا: يبطل لعنتين: أحدهما: ظهور الغرر بتوقع الجائحة في البستان المعين، والأخرى: مناقضة الدينية؛ لأن ما يظهر من ثمرة الشجرة متعين للملكه، وحق الدين أن يسترسل في الذمة.

أما إذا أضاف إلى ناحية يبعد فيها وقوع الآفة، فإن أفاد تنويعاً: صح، كقوله: معقلي البصرة؛ لأن الإضافة كالوصف هاهنا.

وإن لم يفد تنويعاً، فمنهم من قال: هو كعين المكيال؛ إذ لا فائدة له.

ومنهم من قطع بأنه لا يبطل؛ لأنه نعين لا يضيق بمحلاً أصلاً.

الشرط الخامس: تعيين مكان التسليم في المسلم فيه:

وفيه قولان، وفي محلهما ثلاثة طرق:

أحدها: أنه إن كان في النقل مئونة فلا بد من التعيين، وإلا فقولان. والثاني: عكس ذلك. والثالث: إطلاق القولين. ولعل الأصح: أنه لا يشترط، ولكن ينزل المطلق على مكان العقد.

الشرط السادس: تسليم رأس المال في المجلس:

لأن رأس المال إذا كان ديناً، كان بيع الكالئ بالكالئ، وإن كان عيناً فيجب تعجيله؛ لأنه احتمل الغرر في المسلم فيه لحاجة، فيجبر ذلك بتأكد العوض الثاني بالتعجيل.

ثم لا خلاف أنه لو كان رأس المال نقداً، ولم يعينه، ثم عينه في المجلس كفاه؛ لأن المجلس كالحریم فله حكم الابتداء، وكذلك القول في بيع الدراهم بالدراهم في الصرف.

وأما فى بيع الطعام بالطعام وجهان، من حيث إنه إذا لم يعين طالت أوصافه وظهر قضية الدينية، وقرب من بيع الدين بالدين بخلاف النقود.

فرع: إذا فسخ السلم بسبب: استرد عين رأس المال، إن كان معيياً عند العقد.

وإن عين عند القبض فوجهان، والأصح: الرجوع إلى عينه، فالقبض فى المجلس كإيراد العقد عليه، وهو ملتفتٌ أيضاً على أن المسلم فيه إذا رد بعيب كان ذلك نقصاً للملك فى الحال فهو تبين، لعدم جريان الملك فيه؛ إذ خالف الوصف المستحق.

الشرط السابع: تقدير رأس المال:

وفيه قولان: أحدهما، وهو القياس، وهو اختيار المزننى: أنه يجوز أن يكون جزافاً، اعتماداً على العيان، كما فى البيع. والثانى: لابد من التقدير؛ لأنه قد يفسخ السلم فيحتاج إلى الرجوع إليه أو إلى قيمته فيتعذر، والسلم يبعد عن الغرر ما أمكن.

واختلفوا فى أن هذا الخلاف هل يجرى فى الجهل بقيمة رأس المال وفى السلم الحال؟

فإن قيل: وهل يشترط كون المسلم فيه مضمناً؛ حتى لا يجوز السلم فى النقود؟

قلنا: فيه وجهان، والأصح: جواز السلم منها؛ إذ لا مانع منه.

الباب الثانى

فى بيان ما يجب وصفه فى المسلم فيه على التفصيل،

وما يمتنع السلم فيه؛ لعزّة وجوده، أو لعدم إحاطة الوصف به

والنظر فى أجناس من الأموال.

الجنس الأول: الحيوان

والسلم فيه جائزٌ عندنا خلافاً لأبى حنيفة. والمعتمد فيه الأحاديث والآثار، وإلا فالقياس منعه؛ إذ أقرب الحيوانات إلى قبول الوصف الطيور والحمامات، ويختلف الغرض بكبرها وصغرها.

ونحن لا نجوز السلم فى المعدادات إلا بالوزن، والوزن لا يضبط الحيوان مع اشتماله على أخلاط متفاوتة، ولكن إذا ثبت بالأحاديث فالرتبة العليا منه:

السلم فى الرقيق:

ويشترط فيه: النوع، واللون، والذكورة والأنوثة، والسن، فيقول: عبداً تركى، أسمر، ابن سبيع أو ابن عشر.

والأصح: أنه لا بد من ذكر القامة، فيقول: طويل أو قصير أو ربيع، ثم ينزل في كل رتبة على الأقل، ولا يقيد ذلك بالأشبار فيعز وجوده.

وقال العراقيون: لا يشترط القامة. أما التعرض لآحاد الأعضاء وكيفية أشكالها: فلا يعتبر؛ لأن ذلك بين أن يطول أو ينتهي إلى عزة الوجود.

وأما الكحل، والدعج، وتكثم الوجه، وكون الجارية خميسة مثقلة الأرداف، ريانة الساقين، وما يجري مجراه مما يقصد ولا يطول، ولا ينتهي إلى عزة الوجود، قال العراقيون: لا يشترط، وميل المرازمة إلى اشتراطه.

وفي الملاححة ترددٌ للفضال منشؤه: أنها جنسٌ يعرف أو يختلف بميل الطباع.

الرتبة الثانية: البهائم:

قال الشافعي، رضى الله عنه: يقول في البعير: أسلمت إليك في ثنى من نعم بنى فلان غير مودن، نقى من العيب، سبط الخلق، مجفر الجنين.

أما الثنى: فهو الذى استكمل خمس سنين، وبيان السن لا بد منه. والمودن: الناقص القصير. ومجفر الجنين: عظيمهما. وهو يضاهى التعرض للقد في العبيد. وقوله: «نقى من العيوب» احتياطاً، ولا بد أيضاً من ذكر اللون.

فرع: إن اختلف نعم بنى فلان:

قال العراقيون: صح ونزل على ما ينطلق عليه الاسم، وهذا تساهل، بل الوجه: القطع باشتراط تمييز الأنواع إذا سهل ذلك.

وكذلك الخيل يتعرض فيها للون، والسن، والنوع كالعربي والتركي.

أما الشياة كاللطيم، والأغر، والمحجل، فذكرها احتياطاً وليس بشرط.

الرتبة الثالثة: الطيور:

ويتعرض فيها للون والنوع، والكبر، والصغر، وسنها لا يعرف أصلاً.

فرع: إذا شرط مع الجارية الخادمة ولدها: جاز؛ لأن ذلك لا يعز وجوده في الحاضنات.

وإن كان يطلب الجارية للتسرى، فقد ينتهي شرط ذلك إلى عزة الوجود، فلا يجوز.

الجنس الثاني: فى أجزاء الحيوان وزوائده

وفيه مسائل: الأولى: يصح السلم فى اللحم: فيقول: لحم بقر، أو غنم، أو ضأن، أو معز، ذكر أو أنثى خصى أو غير خصى، رضيع أو فطيم، معلوفة أو راعية، من الفخذ أو من الجنب، ولا يشترط نزع العظم؛ فإنه كالنوى من التمر.

الثانية: إذا شرط فى اللحم الهزال: لم يجوز؛ لأنه عيب لا ينضبط بالعادة. ولو أسلم فى المشوى والمطبوخ: قال: لا يجوز؛ لاختلاف أثر النار.

وقال الصيدلانى: إذا أمكن ضبطه بالعادة: جاز؛ فإن الأصح جوازه فى الخبز والدقيق والدهس والسكر والفانيد، وفى الخبز والدهس وجه آخر بعيد.

الثالثة: السلم فى رؤوس الحيوانات قبل التنقية من الشعور: باطل، وبعد التنقية، قولان.

وجه المنع: أنه تشتمل على مركبات تختلف المقاصد بها والوزن لا يحصره، والكبر منه مقصود، فيلتحق بالمعدودات لا بالحيوانات.

والأكارع أولى بجواز السلم فيها؛ لأنها أقرب إلى قبول الضبط.

الرابعة: السمك المملح: يجوز السلم فيه إن لم يكن للملح وزن، وإلا فلا؛ إذ لا يعلم المقصود منه بالوزن.

الخامسة: الجلود المدبوغة: إن كانت غير مقطوعة على التناسب: لم يجوز السلم فيها؛ لتفاوت أطرافها، وإن قطعت، كالنعال السبئية، فالظاهر: جواز السلم فيها بالوزن.

وفيه وجه للمنع؛ للتفاوت فى الغلظ والدقة.

السادسة: يجوز السلم فى زوائد الحيوان: من اللبن والسمن والزبد والمخيض، فيذكر الوزن والصفة. وما يختلف به القيمة، ويذكر الحموضة فى المخيض، وينزل على أقل الدرجات، ويذكر فى الصوف والوبر اللبن والخشونة، والطول والقصر.

الجنس الثالث: الثياب وأصولها

فيذكر فى الثوب: الطول والعرض، واللون، والأصل أنه من قطن أو كتان أو من إبريسم، والبلد الذى ينسج فيه إن اختلفت به القيمة، ويسلم فى القطن، فيذكر اللون، والخشونة، واللون، والوزن.

وإن كان مستتراً بالجوز: لم يجز السلم فيه، ويجوز السلم في المحلوج وغير المحلوج وإن كان فيها الحبات.

وكذلك يذكر في الإبريسم الدقة والغلط، والناحية التي منها يجلب. ويصح السلم في المصبوغ من الثياب، فيذكر قدر الصبغ ودرجاته.

وتردد العراقيون في المصبوغ بعد النسج، وزعموا أن ذلك ضم صبغ لا يعرف قدره إلى الثوب، وهو باطل بالمصبوغ قبل النسج.

الجنس الرابع: الفواكه

يجوز السلم في رطبها وبابسها، وآلات الصيادلة إلا ما هو مخلوط منه، فيذكر من جميعها ما يختلف به القيمة.

ويذكر في العسل أنه جبلى أو بلدى، والجبلى خير، وأنه ربيعى أو خريفى، والخريفى خير، ويذكر اللون.

ويتعرض للمعتوق والحدوث في الرطب وبعض الفواكه، ولا حاجة إليه في البر والحبوب؛ إذ لا يختلف به غرض، إلا إذا قرب من السوس؛ فإن ذلك عيب.

وأما الشهد: قال الفورانى: هو مختلط، فلا يسلم فيه. والأصح: سحوازه؛ لأنه متناسب.

الجنس الخامس: الخشب

فما يراد للخطب تقل صفاته، فيذكر الجنس واللون والوزن ولا حاجة إلى ذكر البيوسة، فإن الرطوبة عيب في الخطب. والغلط والدقة بل لابد من ذكره.

وما يراد للنجر، كالجدوع والعمد، فيذكر الطول والعرض والاستدارة، والنوع. وقال الشيخ أبو محمد: تحتاج إلى شرط الوزن أيضاً؛ لأنه قد يصير حطباً فيطلب وزنه.

والمنحوت من الخشب: لا يجوز السلم فيه؛ لتفاوت أجزائه إلا إذا تناسب على وجه يمكن ضبطه ولا يختلف. ويجوز السلم في خشب التبال قبل النحت.

الجنس السادس: في الجواهر

فيذكر في الحديد: الوزن والذكورة والأنوثة. ويتعرض في النحاس وغيره لما يختلف به القيمة. ويتعرض في حجر الرحي للطول والعرض والاستدارة والوزن.

واللآئى واليواقيت لا يسلم فيها؛ لعزة وجودها، إذا أطنب فى وصف ما تختلف به القيمة، واللآئى الصغار التى لا يعز وجودها. يجوز السلم فيها بالوزن.

قال الشيخ أبو محمد: وكذلك فيما يتحلى به غالباً، وهو ما لا يزيد وزنه على سدس، فإن ذلك أيضاً يكثر وجوده وتعرف صفاته.

الجنس السابع: المختلطات

وهى ثلاثة أضرب: الأول: المختلط خلقة، كاللبن والشهد: يجوز السلم فيهما.

الثانى: ما لا يقصد خليطه. كالجنين وفيه الأنفحة، والحبز وفيه الماء والملح: يجوز السلم فيه؛ لأنه فى حكم الجنس الفرد.

الثالث: ما يقصد جميع أركانه، كالمعجنات، والمرق ومعظم الحلاوى، والخفاف والصنادل، والقسى والنبال: لا يجوز السلم فى شىء منها؛ لأنه لا ينضبط آحاد أركانه.

وكذلك قسى العرب، وإن لم يكن فيه إلا خشبٌ ولكن يتفاوت تخريطه وهياته.

ويجوز السلم فى دهن الباب والبنفسج؛ لأنه لا يقصد تخليطه بل لا يخالطه البنفسج، فإن السمس يروح بالبنفسج ثم يعتصر، وظن المزنى أنه يختلط بعينه فعنع السلم فيه، وهو غلط.

فرعان: أحدهما: خل الزبيب والتمر قطع العراقيون يجوز السلم فيه. وقطع المراوزة بالمنع؛ لأنه يمنع معرفة المقصود؛ إذ قدر الماء يختلف فيه.

الثانى: العنابى، مركبٌ من القطن والإبريسم فيه وجهان؛ لأنه فى حكم جنس واحد من وجه.

ونص الشافعى، رضى الله عنه، على السلم فى الخبز، وهو محمولٌ عند هذا القائل على ما إذا لم يكن فيه إبريسمٌ. بل اتحد جنسه.

وعلى الجملة، المحكم فى جميع ذلك العرف والعادة، ولا يمكن الوفاء بجميع الصور، وفيما ذكرناه تنبيه على ما تركناه.

الباب الثالث: فى أداء المسلم فيه

والنظر فى: صفته، وزمانه، ومكانه.

أما الصفة: فلو أتى بغير جنسه: لم يجوز قبوله؛ لأنه اعتياض. وإن أتى بأردأ منه؛ جار

قبوله ولم يجب. وإن أتى بأجود: وجب قبوله. وقيل: لا يجب؛ لأن فيه منة، وهو بعيد.

ولو أتى بنوع آخر، كما لو أسلم في الزبيب الأبيض، فأتى بالأسود، ففي جواز القبول وجهان، منشؤه: أن اختلاف النوع كاختلاف الوصف، أو كاختلاف الجنس؟

وتردداً في أن التفاوت بين السقية من الحنطة، وما يسقى من السماء، تفاوت صفة، أو تفاوت نوع، وكذلك في الرطب مع التمر.

وترددوا في أن التفاوت بين الهندي والتركي من العبيد اختلاف جنس أو اختلاف نوع؟

فرع: لو أسلم في لحم السمك: لم يلزمه قبول الرأس والذنب، وكذا لحم الطير، ولو أسلم في السمك والطير: لزمه القبول.

أما الزمان: فلا يطالب إلا بعد المحل، ولكنه لو جاء به قبل المحل، فإن كان له في التعجيل غرض، فإن كان له بالدين رهن، أو ضمان، أو المكاتب عجل النجوم: يجبر على القبول.

وإن لم يكن غرض سوى البراءة، نظر: فإن كان للممتنع غرض بأن كان في وقت نهب وغارة، أو كانت دابة يحذر من علفها، فلا يجبر، وإن لم يكن غرض في الامتناع، فقولان: أحدهما: يجبر، لأن الأجل حق من عليه الدين، وقد أسقطه. والثاني: لا؛ لأن فيه منة.

فإن قيل: لو صرح من عليه الدين بإسقاط الأجل هل يسقط حتى تتوجه عليه المطالبة؟ قلنا: فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن الأجل وصف تابع، كالصحة في الدراهم، لا يسقط بمجرد بقاء الأصل. والثاني: نعم؛ لأن الدين عليه، والأجل هو له.

فرعان: أحدهما: لو خاف المسلم إليه الانقطاع لدى المحل، فهل يكون هذا عذراً في التعجيل؟ فيه وجهان.

الثاني: لو سلم في غير مكان العقد، وكان فيه مئونة فهذا عذر من جانب المستحق، فلا يجبر.

أما إذا أتى بالحق بعد حلوله فلا شك في الإيجاب إن كان للمؤدى غرض، وإن لم يكن غرض فطريقان، ولا أثر هاهنا لعذر المستحق.

منهم من قال: فيه قولان كما قبل المحل؛ لأنه حقه فله التأخير إلى حيث يشاء.

ومنهم من قطع بالإجبار لغرض البراءة فليأخذ أم ليرى.

أما مكان التسليم: يتعين فيه مكان العقد، إما بالتعين، أو بالإطلاق، فلو ظفر به فى غيره وكان فى نقله مئونة: لم يطالب به، وإن لم يكن مئونة فله المطالبة.

وكذا فى سائر الديون، إلا فى الغاصب، فإن فى مطالبته مع لزوم المئونة وجهان؛ تغليظاً عليه من حيث منعاه من المطالبة بالمثل؛ لما فيه من المئونة، فلا بد من القيمة؛ لوقوع الحيلولة بعد ثبوت الاستحقاق، وتوجه المطالبة. هذا تمام القول فى السلم.

القسم الثانى من الكتاب: النظر فى القرض^(١)

والنظر فى حقيقته، وركنه، وشرطه، وحكمه.

أما الحقيقة: فهى مكرمة جوزتها الشريعة لحاجة الفقراء، ليس على حقائق المعاولات، ولذلك لا يجوز شرط الأجل فيه؛ لأن المقرض متبرع، والمتبرع بالخيار فى تبرعه بالرجوع، والأجل يمنع الرجوع، ولو لزم الأجل لمكان معاوضة ولو حسب التقابض فى المجلس؛ فإنه مقابلة دراهم بمثلها. وقال مالك، رحمه الله: يثبت الأجل.

ولذلك لو رجع عن الإقراض فى الحال قبل تصرف المستقرض وطالب به: جاز.

وقال مالك، رحمه الله: لا يجوز، وطرد ذلك فى العوارى، وكأن القرض عند الشافعى، رضى الله عنه، إذن فى الإتلاف بشرط الضمان فهو قريب منه، إن لم يكن عينه.

أما ركنه: فالمقرض، والمقرض، والصيغة.

أما الصيغة: فقله: أقرضتك، أو خذ بمثله، وهل يشترط القبول؟ وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه إذن فى الإتلاف بعوض.

والثانى: نعم؛ لأنه يملكه المستقرض، بالقبض أو التصرف، فليس إتلافاً محضاً.

أما المقرض: فليس يشترط فيه إلا أهلية التملك والتبرع؛ فإنه تبرع، ولذلك لا يجوز فى مال الطفل إلا لضرورة، وكذا المكاتب على ما سيأتى فى الرهن.

(١) [القرض]: ما تعطيه غيرك من مال على أن يردّه إليك، وما يقدم من عمل يلتزم عليه الجزاء. [قارضه] مقارضة، وقراضاً: أعطاه قرضاً. وقارضه: دفع إليه مالا ليتحرر فيه ويكون الربح بينهما على ما يشترطان.

انظر: المعجم الوسيط (٧٢٧/٢) ولسان العرب (٣٥٨٨/٥) والمصباح المنير (٤٩٧/٢).

أما المقرض: فكل ما يجوز السلم فيه يجوز قرضه إلا الجوارى، ففيه قولان منصوبان: القياس: الجواز، كما فى العبيد.

ووجه المنع: أن المستقرض يتسلط على الوطاء، ويتسلط المقرض على الاسترداد، فيبقى الوطاء فى صورة إباحة.

ولا خلاف فى أنه لو كانت الجارية محرماً للمستقرض: جاز إقراضها، وقد نقل عن الصحابة النهى عن إقراض الجوارى، فاستحسن الشافعى، رضى الله عنه، ذلك.

وقال الأصحاب: بناء القولين على أن المستقرض يملك بالقبض أم بالتصرف؟

فإن قلنا: يملك بالقبض، فلا يجوز الإقراض؛ لأنه يؤدى إلى استباحة الوطاء. وإن قلنا: بالتصرف، فنعم.

ومنهم من عكس الترتيب وقال: إن قلنا: يملك بالتصرف فلا؛ لأنه يقع فى يده من غير ملك، ففيه خطر الوطاء، ولا خطر إذا ملكناه، فليطأها.

فإن قيل: وما لا يجوز السلم فيه، ولا يجوز بيع بعضه ببعض، هل يجوز إقراضه؟ قلنا: أطلق الأصحاب منعه.

وذكر الشيخ أبو على وجهاً فى جوازه، وهل هو مبنى على أن المقرض يرد المثل فى ذوات القيم أو القيمة؟ فإن قلنا: يرد القيمة، جاز إقراض كل مال منقوم.

أما شرطه: فهو أن لا يجر منفعة؛ لنهى رسول الله ﷺ عن قرض جر منفعة^(١). فإن شرط زيادة أو منفعة: فسد؛ حتى لا يفيد الملك وصحة التصرف فيه.

وللشرط صور: إحداها: إن شرط الكفيل والرهن والشهادة فى القرض: يجوز؛ لأنه أحكام له، لا زيادة عليه.

ولو شرط رهناً فى دين آخر: فهو منفعة، وكذا إذا شرط فى المكسرة رد الصحيح؛ أو أن يشتري منه شيئاً.

(١) هذا من حديث أنس رضى الله عنه مرفوعاً [إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك] أخرجه: البيهقى (٣٥٠/٥)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٢٨٣١) وابن ماجه (٢٤٣٢) وتلخيص الحبير لابن حجر (١٢٢٧). قال الشوكانى فى نيل الأوطار: فى إسناده يحيى بن أبى إسحاق الهنائى وهو مجهول، وفى إسناده أيضاً عتبة بن حميد الضبي، وقد ضعفه أحمد، والراوى عنه إسماعيل ابن عياش وهو ضعيف.

الثانية: أن يشترط في الصحيح رد المكسور: فهذا غير مفسد؛ لأنه وعدٌ بمساحة، ثم لا يلزم. وكذلك إذا شرط الأجل: لا يلزم ولا يفسد، إلا إذا كان في زمان نهب وغارة: فهو مفسد؛ لأن فيه غرضًا.

الثالثة: أن يقول: أقرضتك هذا بشرط أن أقرضك غيره: صح ولم يلزم الشرط؛ لأنه وعدٌ، وكذا إذا قال: وهبت بشرط أن أهب. بخلاف ما إذا قال: بعثك بشرط أن أهبك شيئًا: فيفسد البيع؛ لأن العوض يكون مبذولاً في مقابلة المبيع، والمتوقع هبته، فيتطرق إليه خللٌ وجهل.

هذا في الربويات، أما في غير الربويات ففي شرط الزيادة وجهان:

أحدهما: التسوية؛ لعموم النهي. والثاني: الجواز؛ لأن الزيادة بالعقد والمقابلة، وقد وجدت، ولكن يمتنع ذلك في الربويات، وهذا فاسد؛ لأن صيغة المعاوضة لم تشترط، فإن شرط: فهو بيعٌ فاسد وليس بقرض، والقرض بمطلقه ليس له حكم البيع، ولذلك عند ترك الزيادة في الربويات لم يشترط التقابض.

فإن قيل: نقل أنه، عليه السلام، استسلف بغيراً بيعيرين^(١)؟ قلنا: كان ذلك في عقد السلم.

أما حكمه: فهو التملك، ولكن بالقبض أو بالتصرف؟ فيه قولان مفهومان من معاني كلام الشافعي رضي الله عنه.

أقيسهما: أنه بالقبض؛ لأنه لا يتقاعد عن الهبة، مع أنه للعوض فيه مدخلٌ، ولأنه يملك التصرف بعد القبض فيدل على تقدم الملك.

(١) هذا من رواية أبي رافع قال: [استسلف النبي ﷺ بكرةً فحاءته إبل الصدقة فأمرني أن أفضي الرجل بكرة، فقلت: إني لم أجد في الإبل إلا جملًا خيارًا، فقال: أعطه إياه فإن من خير الناس أحسنهم قضاءً] وعن أبي هريرة مثله أخرجه مسلم (المساقاة ب ٢٢ رقم ١٢١) والترمذي (١٣١٦)، والنسائي (٣١٨/٧)، وأحمد (٤٧٦/٢)، والهيثمى (١٣٩/٤)، والزيهيدى (٥٠٢/٥)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٣٤/٣)، وأبو نعيم (٢٦٣/٧)، والمتقى في كز العمال (١٥٤٣٣).

وفي الباب أحاديث أخرى في القرض وليس فيه أنه استسلف بغيراً بيعيرين إنما ذلك من باب بيع التسيئة من حديث ابن عمرو أن رسول الله ﷺ [أمره أن يجهز جيشًا، فعد الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة] سبق تخريجه، وأخرجه أحمد (٢١٦، ٢١٥/٢)، والدارقطنى (٧٠/٣)، والبيهقى (٤٩/٨)، والحاكم (٥٧/٢)، والزيلى (٤٧/٤)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٨/٣).

والثاني: أنه يملك بالتصرف، فيتبين تقدم الملك عليه؛ لأنه تقويت بالإذن بشرط الضمان، وليس بتمليك وعقد، والتقويت يحصل بإزالة العين أو الملك.

التفريع: إن قلنا: يملك بالقبض، فله أن يرده بعينه؛ إذ له أن يرد بدله، فهو أولى. ولو رجع المقرض في عينه: جاز له؛ لأنه أقرب من بدله، وله أخذ بدله.

وذكر الشيخ أبو محمد وجهاً: أن النظر فيه إلى جانب المستقرض وإرادته، فإن لم يرد عينه فله ذلك.

وإن قلنا: يملك بالتصرف، فلا خلاف في أنه يملك بكل تصرف مزيل للملك، كالبيع والإعتاق، وما يستباح بالإباحة، كالإعارة والاستخدام فلا يملك به.

وأما الإجارة والرهن والبيع بشرط الخيار، ففيه طرق:

قال الشيخ أبو محمد: كل ما يقطع رجوع الواهب والبايع في عين متاع المقلس يملك به هاهنا.

وقال آخرون: كل تصرف لا ينعقد بدون الملك، فيخرج الرهن عنه، فإنه يجوز في المستعار، بخلاف الإجارة.

وقال آخرون: كل تصرف لازم يتعلق بالرقبة فيدخل فيه الرهن، ويخرج منه الإجارة والبيع الجائز.

وقال آخرون: لا يملك إلا بتصرف مزيل للملك أصلاً. فإن قيل: المستقرض ماذا يؤدي؟ قلنا: المثل في المثليات.

وفي ذوات القيم وجهان: أشبههما بالحديث: رد المثل؛ لما روى أنه، عليه السلام، استقرض «بكرًا» ورد «بازلاً» وقال، عليه السلام: «خيركم أحسنكم قضاء»^(١)، ولأنه لو وجب القيمة لاقتصر على الإعلام.

والثاني، وهو القياس: وجوب القيمة، والله أعلم وأحكم.

* * *

كتاب الرهن^(١)

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول فى أركان عقد الرهن ومصحاته

وأركانه أربعة: الراهن، والمرهون، والمرهون به، وصيغة العقد.

الركن الأول: المرهون

وفيه ثلاثة شرائط:

الشرط الأول: أن يكون عيناً

فلو رهن ديناً: لم يصح؛ لأنه يلزم بالقبض، ولا قبض لا يصادف ما يتناوله العقد، ولا مستحقاً بالعقد، ولذلك لا يصح هبة الدين، فإنه لا يلزم إلا بالقبض، بخلاف بيع الدين، فإنه يصح على رأى.

وكذلك لو باع درهماً بدرهم ثم عين فى المجلس: صح؛ لأن البيع سبب استحقاق قبل القبض فيتعين بالقبض، بخلاف الهبة والرهن.

فرع: الإفراز ليس بشرط، بل يصح رهن المشاع، خلافاً لأبى حنيفة ثم تجزئ المهايأة بين الراهن والمالك.

نعم، لو رهن نصيبه من بيت معين من جملة دار مشتركة، ففيه وجهان:

ومناً المنع: أنه ربما يقتسم الشريك فيقع الجميع فى حصته، فلا يبقى للرهن مقر.

فلو صححنا، فوقع ذلك احتمال أن يقال: هو تلف، واحتمل أن يقال: الراهن ضامن. والتفويت منسوب إليه.

الشرط الثانى: أن يكون المرهون قابلاً للبيع عند حلول الحق

فلا يجوز رهن الموقوف وأم الولد وكل ما لا يجوز بيعه.

(١) الرهن: بفتح أوله وسكون الهاء فى اللغة الاحتباس، من قولهم رهن الشيء إذا دام وثبت منه. والرهن: شرعاً: حبس الشيء بحق ليستوفى منه عند تعذر وفائه، وهو ما وضع عندك لیسوب مناب ما أخذ منك، فعل بمعنى مفعول، جمع رهان، وفى التنزيل العزيز: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، ويجمع أيضاً على رُهُون، ورُهْن، ورهين. ويقال: الإنسان رهن عمله: مأخوذ به. وأنا لله رهن بكذا: كفيلى وضامن. انظر: المعجم الوسيط (١/٣٧٨)، نيل الأوطار (٥/٢٣٣).

وبيان هذا الشرط برسم ثمان مسائل:

الأولى: رهن سواد العراق من عبادان إلى الموصل طولاً، ومن القادسية إلى حلوان عرضاً، باطل، فإن اعتقاد الشافعي، رضى الله عنه، أن عمر، رضى الله عنه، أخذها من الغائبين وحبسها على المسلمين، والخراج عليهم أجرة فيها.

وقال ابن سريج: بل باعها من أهل العراق، فهو ملك.

وأما أشجارها وأبنيتها: فيحوز رهنها وفاقاً؛ فإنها مستحدثة.

الثانية: رهن المبيع في زمان الخيار: جائز، إن كان الخيار للمشتري وحده. ولزم البيع، هكذا ذكره الشافعي، رضى الله عنه.

وفيه وجه: أنه لا ينعقد، بل لا بد من تقديم الإلزام. ووجه آخر: أنه يلزم البيع، ولا ينعقد الرهن، وقد ذكرناه في كتاب البيع.

الثالثة: قال الشافعي، رضى الله عنه: رهن الأم دون ولدها: جائز؛ إذ لا تفرقة فيه.

واختلف الأصحاب، منهم من قال: معناه أنها تباع عند الحاجة مع الولد. ومنهم من قال: لا، بل أراد به أنه لا تفرقة في نفس الرهن، وإلا فتباع دون الولد. فإن الرهن لم يرد على الولد، ولكن يقع ذلك قهرياً لا اختيارياً، فلا يمتنع التفريق.

التفريع: إن قلنا: تباع مفرداً، فلا كلام. وإن قلنا: تباع مع الولد، فيتعلق حق المرتهن بما يخص الأم من الثمن، وفي تقديره وجهان:

أحدهما: أنه تقوم الأم مفرداً، فإذا هي تساوى مائة، فتقدر مع الولد، فإذا هي تساوى مائة وعشرين، فالولد سدس الجملة، فيختص المالك بسدس جملة الثمن ولا يتعلق الرهن به. والثاني: أن الولد أيضاً يقدر مفرداً كما قدرت الأم مفردة، فيقال: الولد دون الأم كم يساوى؟ وفي هذا ثقل قيمته؛ لأنه يكون ضائعاً، فإذا قالوا: خمسين، مثلاً، وقيمة الأم مائة؛ فالولد ثلث.

وهذا الخلاف جار في أرض بيضاء رهنتم ثم أنبتت غراساً؛ لأن الغراس غير مرهون.

وذكر صاحب التريب: أن الأم أيضاً تقوم مع الولد فيقال: أم لها ولد كم قيمتها؟ فينقص؛ إذ يكون قلبها إلى ولدها؛ لأنها رهنتم مع وجود الولد.

نعم، لو حدث الولد بعد الرهن كان نظيراً لمسألة الغراس.

الرابعة: رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين الحال، أو بدين مؤجل يحل قبل توقع الفساد: جائز، فيباع عند الإشراف على الفساد في الدين.

وإن كان يفسد قبل الحلول وشرط بيعه عند الإشراف. وجعل ثمنه رهناً: صح أيضاً. وإن شرط أن لا يباع: بطل، وإن أطلق، ففيه قولان: أحدهما: أنه يصح، ومطلقه مشعرٌ بالإذن في البيع، وتحول الوثيقة إلى الثمن.

والثاني: الفساد؛ لأنه ليس مفهوماً من مطلق الرهن.

فإن قيل: لو طرأ دواماً ما يعرضه للفساد؟ قلنا: لم يفسد الرهن، ولكن يباع عند الإشراف على الفساد ويجعل بدله رهناً.

فإن قيل: فلو تطابق المتعاقدان على نقل الوثيقة من عين المرهون إلى غيره فينبغي أن يجوز، كما لو شرط ذلك فيما يشرف على الهلاك في ابتداء العقد. قلنا: فيه وجهان، ووجه المنع: أن ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يحتمل ابتداءً، ولذلك لا يجوز رهن الدين وإن تعلق في الدوام بالقيمة في ذمة المتلف.

الخامسة: رهن العبد المرتد: صحيح؛ بناءً على الصحيح في جواز بيعه.

ثم إن قتل في يد المرتهن، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فثبت الفسخ للمرتهن في البيع يبتنى على أن من اشترى عبداً مرتداً وقتل في يده هل يكون من ضمان البائع؟

السادسة: رهن العبد الجاني يبتنى على صحة بيعه، فإن منعاه فهو ممنوع، وإلا فوجهان:

ووجه المنع: أنه يمنع الوثيقة، ولذلك يمتنع رهن المرهون، وإن قدر الراهن على بيعه إذا قضى الدين، وهاهنا يقدر على بيع شرط القداء بعده، وقد يتعوق فيفسخ بيعه فلا تحصل معه الوثيقة؛ ولذلك يقدم أرش الجناية في دوام الرهن على الرهن.

فرع: لو حفر العبد بئراً فرهن. فتردى فيها إنسانٌ فتعلق الضمان برقبته: ففي تبين فساد الرهن وجهان، مستندهما: إسناد التعلق إلى أول السبب، فيكون كالمقارن.

ولو قتل قتلاً موجباً للقباض، وقلنا: موجب العمد: القود المحض فرهن ثم عفى على مال، ففي إسناد انتقال التعلق وجهان: وهاهنا الاستناد أولى؛ لأن القتل سبب تامٌ دون حفر البئر.

السابعة: إذا علق عتق العبد بصفة ثم رهنه، فإن قلنا: لو وجدت الصفة في حالة

الرهن، نفذ؛ إما لقوة العتق، أو لأن العبرة بحالة التعليق: خرج ذلك على رهن ما يتسارع إليه الفساد.

فإن قلنا: لا ينفذ: فهو بالرهن مدافع حكم التعليق، فالأصح: جوازه، كما لو دفعه بالبيع. وفيه وجه آخر: أنه يقسد؛ لضعف الرهن، بخلاف البيع.

أما المدبر: فقد قال الشافعي، رضى الله عنه: لو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً، وهذا مشكل؛ لأن بيع المدبر جائز عند الشافعي، رضى الله عنه، وليس يندفع التدبر أيضاً بالرهن، فإنه إذا مات يقضى ديونه، ويعتق المدبر، وإن لم يكن فى ماله وفاء فالمدبر لا يعتق وإن لم يرهن، فذهب أكثر الأصحاب لذلك إلى صحة الرهن.

ووجه النص أن يقال: لعله يموت وله مال، فلا يمكن تنحيز العتق قبل أداء دينه، وتأخيرها إلى الأداء دفع للعتق، فالرهن لا يقوى عليه.

ويتأيد بالوجه المذكور فى إبطال رهن العبد المعلق عتقه بصفة.

الثامنة: إذا رهن الثمار على الأشجار نظراً: إن كان بعد بدو الصلاح، والدين حال: جاز ذلك، ثم يقطع فى أوانه، ويباع بعضه ويجعل مؤنة على القطاف، ويجفف إن أمكن، وإلا التحق بما يتسارع إليه الفساد.

وإن كان قبل بدو الصلاح، فللفساد ثلاثة مآثرات:

أحدها: تسارع الفساد بعد التحفيف، وقد سبق. والثاني: امتناع بيعه إلا بشرط القطع، فإن أذن فى البيع بشرط القطع: جاز، وإن صرح بمنع البيع بشرط القطع: فسد، وإن أطلق، فالظاهر: أنه يصح وبشرط القطع فى بيعه ويباع.

وذكر صاحب التقريب قولين فى موجب الإطلاق، ووجهه: أنه لم يرض بنقصان المالية، فعلى هذا يفسد الرهن وله التفات على إطلاق الرهن، فما يتسارع إليه الفساد، أنه هل يكون كالمصرح بتجوير بيعه؟

المآثر الثالث للفساد: توقع الآفة والجوائح، ويظهر ذلك إذا قدر الدين موجلاً.

وفى المنع بهذا السبب قولان: أحدهما: يمنع كما يمنع البيع.

والثاني: لا؛ لأن المحذور ثم ضياع الثمن عند الاجتياح، وهاهنا لا يفوت أصل الحق.

فرع: إذا تلاحقت الثمار بعد الرهن، ففى انفساخ الرهن قولان، كما فى التلاحق فى

الثمار المبيعة قبل القبض. والأصح: أنه لو كان قبل القبض ينفسخ.

وفيه وجه مستخرج من الخلاف في العصور إذا صار خمراً قبل القبض، وهو بعيد؛ لأن ذلك يتوقع مصيره خللاً بخلاف التلاحق، فإنه لا يزول. ولو رهن زرعاً يتزايد وشرط قطعه في الحال: جاز.

وإن شرط التبقية: فحكمه حكم الثمار التي تتلاحق غالباً، والرهن باطل فيهما، كما في البيع.

الشرط الثالث: أن لا يمتنع إثبات يد المرتهن عليه وقبضه له

فإن القبض ركن في الرهن، وفيه مسألتان:

أحدهما: رهن المصحف والعبد المسلم من الكافر: فهو مرتب على البيع، وأولى بالصحة؛ لأن إثبات اليد أهون من إثبات الملك.

وكذا رهن السلاح من الحرابي: مرتب على بيعه منه، ورهنه من الدمي: جائز وفاقاً كبيعته.

الثانية: رهن الجوارى: صحيح على المذهب الظاهر.

وذكر الشيخ أبو علي قولاً: أن رهن الجارية الحسنة: باطل، إلا أن تكون محرماً للمرتهن، فالوجه: القطع بالصحة.

ثم إن كان محرماً، أو عدل على يد عدل، أو كان المرتهن يوثق بديانته، أو كان معه جماعة من أهله تزرعه الحشمة عنها: لم يكره التسليم، وإلا فيكره إثبات يده عليها.

وعلى الجملة فهو قريب من رهن المصحف من الكافر.

فإن قيل: فهل يشترط أن يكون المرهون ملك الراهن.

قلنا: لا؛ فإن الشافعي، رضى الله عنه، نص على أنه لو رهن المستعار بإذن المعير: صح الرهن.

وغمض حقيقة هذا العقد على الأصحاب واستخرجوا من تردد الشافعي، رضى الله عنه، في بعض الأحكام قولين في أن هذا عارية أم ضمان؟

فمن قال: إنه عارية، أشكل عليه لزومه.

ومن قال: ضمان، أشكل عليه تعلق الضمان برقبة المال.

ثم بنوا الأحكام على القولين، وهذا البناء غير مرتض عندنا، بل نعلل كل حكم بما يليق به من غير بناء.

وحقيقة هذا العقد لا يتمحض، بل هو فيما يدور بين المرتهن والراهن رهن محض، وفيما بين المعير والمستعير عارية، وفيما بين المعير والمرتهن حكم الضمان يزدحم عليه مشابه العارية والضمان، ويتبين ذلك بالنظر في ثلاثة أحكام:

الأول: اللزوم في حق المعير:

ولا يلزم قبل قبض المرتهن بحال، وإذا قبض المرتهن، فالصحيح: أنه يلزم في حق المعير؛ لأنه أثبت بعاريته شيئاً من حقه أن لا يعير وتلزم، فهو كما لو أعار الأرض لدفن الأموات؛ إذ لزم؛ لأن فيه هتك حرمة الميت، فكذلك في رجوعه إبطال وثيقة المرتهن بعين ماله، وقد أذن في إثباته.

وقال القاضى: له الرجوع إذا فرعنا على قولنا: إنه عارية، وهذا ضعيف؛ فإنه لا يبقى للرهن معنى.

وقد حكى العراقيون عن ابن سريج: أنا إذا قلنا: إنه عارية، فلا يصح هذا العقد؛ إذ لا يبقى له فائدة، وهو فاسد؛ لأنه خلاف نص الشافعى رضى الله عنه.

وقال صاحب التقریب: إن كان الدين حالاً: رجع، وإن كان مؤجلاً: فوجهان يقربان مما إذا أعار أرضاً للبناء إلى مدة، وفيه كلام.

فإن قيل: فهل يقدر على إجبار الراهن على فك الرهن وإن لم يقدر على فسخ الرهن؟

قلنا: إن كان الدين حالاً فلا خلاف في أنه يملك إجباره، وقبل حلول للأجل قولان: أحدهما: أنه يملك؛ لأنه عارية في حق المستعير. والثاني: لا يملك؛ لأن فيه أداء الدين قبل لزومه، وهو متعلق بالمرتهن.

فإن قيل: فهل يباع هذا في حق المرتهن فقط؟ قلنا: إن كان للراهن مال فلا يباع بحال؛ لأن مطلق الرهن لا يسلط عليه إلا إذا جدد به إذن.

وإن صار معسراً ففيه خلاف؛ إذ أطلق الأصحاب أنا إذا قلنا: إنه عارية فلا يباع إلا بإذن مجدد، وهذا أيضاً يضعف القول بصحة الرهن؛ فإنه أخص فوائده، فليجعل الإذن حاصلًا بالرهن، ولازماً بحكم الحال، وهو الذى يقتضيه فقه المسألة، ولا يترك الفقه بقول

القاتل: إن هذا لا نظير له، فإن سببه أن يقال: إن مثل هذه الواقعة غير متصور.

وينبى على ما تقدم خلاف لا محالة، في أن عتقه هل ينفذ؟

الحكم الثانى: أن العبد لو تلف فى يد المرتهن: فهو غير ضامن؛ تمحيصاً للرهن فى حقه، والمستعير هل يضمن؟ قالوا: هذا يتبغى على أنه عارية، أو ضمان؟ فإن قلنا: ضمان: لا يضمن، وهو ضعيف، بل هو مستعير محض فى حق المعير، فينبغى أن يضمن.

ولكن نص الشافعى، رضى الله عنه، وقال: لو أذن له فرهه فجنى، فأشبهه الأمرين: أنه لا يضمن بخلاف المستعير، وفرع على أن المستعير يضمن ما فات بجناية العبد؛ بناءً على أحد الرأيين فى أن المستعير يضمن ضمان الغصوب، وهاهنا لم يضمنه. فعن هذا اضطر الأصحاب إلى ذكر قول فى أنه ليس بعارية وإنما هو ضمان.

فرع: لو بيع العبد فى الدين بإذن مجدد، أو بأصل الرهن: يرجع المعير على المستعير بقيمته أو بالثمن؟ فيه خلاف.

قال القاضى: إذا قلنا: عارية، يرجع بالقيمة، وهو بعيد؛ فإن ما زاد على القيمة مستفاد فى مقابلة ملكه، فكيف يسلم للمستعير؟

الحكم الثالث: أنه هل يشترط فى هذه الإعارة معرفة قدر الدين وجنسه، وحلوله، وتأجيله؟ فيه خلاف.

يحتمل أن لا يشترط ذلك، ويعمل عارية فى الحكم، ويحتمل أن يشترط؛ لأن الأغراض تتفاوت به، وينتهى إلى اللزوم، وبني الأصحاب ذلك على أنه عارية أو ضمان. فرع: إذا عين المعير شيئاً من ذلك.

إن قلنا: إنه لا يشترط، فلا يجوز مخالفته إذا عين إلا فى النقصان، كما إذا أذن فى الرهن بألف، فرهه بخمسمائة؛ فإنه زاد خيراً.

ولو قال: أعرنى لأرهن بألف فأعاره هل يقيده بما ذكره المستعير؛ تنزيلاً للإسعاف على تفصيل الالتماس؟ فيه وجهان.

الركن الثانى: المرهون به

وله ثلاثة شرائط: وهو أن يكون ديناً، ثابتاً، لازماً.

الأول: أن يكون ديناً: فلا يجوز الرهن بعين مغبوبة، ولا مستعارة.

وإن جوزنا كفالة الأعيان على رأى، فالرهن وثيقة دين فى عين، والضمان توثيق دين، بضم ذمة إلى ذمة؛ فلا يفارق الرهن الضمان إلا فى ضمان العهدة، فإنه جائز.

والصحيح: أن الرهن به غير جائز؛ لأنه يجوز للمصلحة؛ ترغيباً فى معاملة من لا يعرف حاله، ولا ضرر على الضامن، وفى الرهن ضرراً لا ينظر له آخر.

وفيه وجه: أنه يجوز كالضمان؛ لأنه إذا رضى به فقد أضر بنفسه.

الشرط الثانى: أن يكون الدين ثابتاً: فلو قال: رهنك منك هذا بألف تقرضنيه، فقال: ارتهنت، ثم أقرض: لم ينعقد الرهن، بل يجب إعادته.

وكذلك إذا قال: بألف تبيع به هذا الثوب مثلاً، فثبت الدين حالة الرهن لا بد منه. وقيل: إنه لو جرى الإقراض والبيع فى مجلس الرهن: صح، وهو فاسد.

لوع: لو مزجا شقى البيع بشقى الرهن، كما إذا قال: بعث منك العبد بألف، وارتهنت منك هذا الثوب به، فقال: اشتريت ورهنت:

قال الأصحاب: هذا صحيح، بخلاف ما إذا قال لعبد: كاتبك على ألف وبعث منك هذا الثوب بدينار، فقال: قبلت الكتابة واشتريت، فإنه فيه وجهين؛ لتقدم شق البيع على تمام الكتابة.

والفرق: أن الرهن من مصالح البيع، ولذلك جاز شرطه فيه مع امتناع شرط عقد فى عقد، فمزجه به أكد، فيحتمل للمصلحة.

وذكر القاضى وجهاً مخرجاً فى الرهن من الكتابة، والفرق واضح. هذا إذا وقع الختم بأحد شقى الرهن، والبداية بأحد شقى البيع، فإن وقع الختم بأحد شقى البيع فلا يصح؛ لتقدم تمام الرهن على صحة البيع، وثبوت الدين.

الشرط الثالث: لزوم الدين: والديون منقسمة، فما لا مصير له إلى اللزوم: فلا رهن به، كنجوم الكتابة، فإن للعبد أن يعجز نفسه مهما شاء.

وما وضعه على اللزوم والجواز فيه طارئ: يجوز الرهن به، كالثمن فى مدة الخيار، وهو تفريع على قول زوال الملك واستحقاق الثمن.

وما وضع على الجواز، ولكن قد يصير إلى اللزوم، كالرهن بالجعل فى الجعالة قبل

العمل: فيه وجهان.

ولعل سبب المنع التخريج على الشرط الثانى، وهو أن سبب ثبوت الدين هو العمل المأذون فيه دون مجرد الإذن، فكأن سبب الثبوت لم يجز بخلاف البيع فى زمان الخيار، فإنه سبب تام على الجملة فى الاستحقاق.

فإن قيل: وهل يشترط للدين أن لا يكون به رهن؟

قلنا: لا، بل يجوز أن يزداد فى المرهون وإن اتحد الدين؛ لأن الدين غير مشغول بالرهن، فزيادة الوثيقة فيه معقولة، وهل تجوز الزيادة فى الدين مع اتحاد المرهون؟ فيه قولان:

أحدهما، وهو مذهب أبى حنيفة، رحمه الله: المنع؛ لأن رهن المرهون باطل، وإليه يرجع حاصله. والثانى، وهو اختيار المزنى: الصحة؛ لأن الحق لا يعدوهما، ولا مقابلة بين المرهون والدين، إلا من جهة الوثيقة. وإنما لا يجوز رهنه من غير المرتهن لحقه، وإن رضى فمن ضرورة أن يجعل فسحاً؛ لأن الجمع بين حقيهما غير ممكن.

فروع: لو جنى العبد المرهون جنابة، فقال المرتهن: أنا أفديه ليكون مرهوناً عندى بالفداء وأصل الدين. فإن جوزنا الزيادة فى الدين: فلا كلام.

وإن منعنا، فقولان مفهومان من معانى كلام الشافعى، رضى الله عنه، فى أن المشرف على الزوال كالزائل أم لا؟.

فإن قلنا: كالزائل، فهو جائز فكأنه ابتداء رهن بالدينين جميعاً.

الركن الثالث: الصيغة وشرطها وموجبها

ونريد بالصيغة: الإيجاب والقبول، ولا بد منهما.

وفيه مسائل خمسة: الأولى: كل شرط يوافق وضع الرهن، كقوله: بشرط أن يباع فى حقلك، أو يقبض، أو غرض لا يتعلق بالعقد، كقوله: بشرط أن لا يأكل إلا الشعير، ولا يلبس إلا الحرير فهو لغو لا يضر اقتراحه بالصيغة.

وكل شرط يناقض مقتضاه، كقوله: بشرط أن لا أقبض، ولا يتقدم به على الغرماء فهو مفسد للرهن.

وكل شرط لا يناقض ولكن لا يقتضيه لمطلق العقد، ويرتبط به غرض كقوله: بشرط

أن تكون المنافع، أو النتائج، أو الثمار الحاصلة من المرهون لك، ففى فساد الرهن قولان.
 ووجه التصحيح: أن الشرط ليس يتعرض لمقاصد المرهون بالتغير، بل يزيد ما لا يقتضيه فيلغى.

ولا خلاف فى أنه لو باع بشرط أن يرهن بالثمن ما يسلم للبائع منافع: فالبيع فاسد؛ لأن الطمع يتعلق بالزوائد، ويصير كالجزء من العوض، فيرجع الفساد إلى ركن العقد، وأما الرهن فليس بمعاوضة.

الثانية: إذا قال: رهنت الأشجار بشرط أن تكون الثمار رهناً: إذا حدد، ففى صحة الشرط قولان، ووجه الصحة: أن الرهن عندنا لا يسرى؛ لضعفه؛ فإذا قوى بالشرط سرى.

الثالثة: إذا قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به وبالألف القديم الذى لى عليك شيئاً: فالقرض فاسد؛ لأنه جر منفعة، ولكن إذا أخذ ووفى بالشرط ورهن بالألفين: لم يصح بالألف الذى فسد قرضه؛ لأنه ما ملكه بعد، ولم يتلف إلا إذا أتلفه، فيكون ذلك ديناً.

وإذا لم يصح به، فهل يصح بالألف القديم؟ فيه قولان تفريق الصنفه. فإن صححنا فلا يوزع بل يجعل الكل مرهوناً به، بخلاف البيع فإن وضع الرهن على أن كل جزء مرهون بجميع الدين.

هذا إذا علم أن الرهن غير واجب عليه؛ لفساد الشرط، فإن ظن وجوبه لأجل الشرط، قال القاضى: لا يصح، كما لو أدى ألفاً على ظن أنه عليه، فلم يكن، فإنه يسترد؛ لأن الرهن تبرع، وهو يظن الآن وجوبه.

وقطع الشيخ أبو محمد وغيره بالصحة؛ لأن الأداء لا يتصور إلا بوجوب سابق ولا وجوب، والرهن يتصور من غير وجوب.

ومساق كلام القاضى يلزمه أن يقول: لو شرط بيعاً فى بيع. فباع وفى بالشرط على ظن الوجوب، يفسد بيعه، والشيخ أبو محمد يصحح البيع، ولا ينظر إلى اعتقاده.

الرابعة: إذا قال: رهنتك هذه الخريطة بما فيها، وما فيها غير مرئى: خرج على بيع الغائب، فإن أبطل: خرج فى الخريطة على تفريق الصنفه، فإن كانت الخريطة لا يقصد رهنه فى مثل هذا الدين فوجهان:

أحدهما: الصحة؛ لظاهر اللفظ. والثاني: المنع؛ لفهم المقصود.

ولو قال: رهننت الخريطة، ولم يتعرض لما فيها، وكانت الخريطة لا تقصد، فهل تجعل عبارة عما في الخريطة مجازاً بقرينة الحال؟ يخرج على هذين الوجهين.

الخامسة: هل يندرج الأس والمغرم تحت اسم الشجرة والجدار في الرهن؟

فيه خلاف مرتب على البيع، وأولى بأن لا يندرج؛ لضعف الرهن. وفي الثمار غير المؤبرة وجهان، بخلاف البيع، ووجه المنع: ضعف الرهن.

وكذا في الجنين خلاف، وأولى بأن يدرج من الثمار؛ لأن الثمار قد تفرد بالاستثناء والتصرفات.

واللبن في الضرع منهم من أحقه بالجنين. ومنهم من قطع بأنه لا يندرج؛ لتحقيق وجوده، فهو كالثمار المؤبرة. والأوراق من التوت كالثمار المؤبرة، ومن غيره يندرج.

وفي الصوف على ظهر الحيوان، ثلاثة أوجه، من حيث إنه يضاهي الثمار المؤبرة من وجه، والأغصان من وجه، وفي الثالث يفرق بين ما استحجز وبين القصير الذي لا يعتاد جزؤه، وأغصان الخلاف كالصوف المستحجز، وأغصان سائر الأشجار يندرج.

الركن الرابع: العاقد

ويعتبر فيه ما يعتبر في البيع وزيادة أمر وهو: أن يكون من أهل التبرع بالمرهون؛ لأن الرهن تبرع، فلا يجوز لولي الطفل وللمكاتب والمأذون في التجارة على كل حال، بل لابد من تفصيل:

أما ولي الطفل: فالنظر في رهنه وارتهانه. أما ارتهانه: فيجوز عند العجز عن استيفاء الدين، ولا يجوز مع القدرة، ويجوز عند تأجيل الدين، ويتأجل دينه بالبيع بالنسيئة، وله ذلك إذا ظهرت فيه الغبطة، ولكن بشرط الارتهان، حتى قال العراقيون: لو باع ما يساوي مائة بمائة نقداً وعشرين نسيئة: لم يجوز إلا بشرط الارتهان بالعشرين.

وهو سرف، بل الوجه: جوازه دون الرهن، إذا كان يثق بذمة من عليه الدين فلا يزيد ذلك على إضاعه مال اليتيم للتجارة، وهو جائز لأجل الزيادة، بخلاف الإقراض، فإنه يحرم فيه الزيادة، فلا يجوز إلا في زمان نهب وغارة.

أما رهن ماله، فلا يجوز إلا بغبطة ظاهرة، كما إذا بيع منه ما يساوي ألفين بألف، وأخذ منه رهن يساوي ألفاً؛ لأن أقصى ما في الباب أن يتلف المرهون أمانة، فيكون قد

حصل على ألفين في مقابلة ألفين.

فإن زاد قيمة المرهون وجملة الثمن على المشتري: لم يجوز؛ لأنه حجر ناجز في ألفين من غير حصول على ألفين.

قال الشيخ أبو محمد: لو رهن عقاراً وكان في الشراء غبطة: جاز؛ إذ لا يخاف فوت العقار، والمنفعة له. ويبيع عقار الطفل: لا يجوز إلا الحاجة حتى تفك الحجر عنه.

ويجوز الرهن أيضاً لحاجة فاقة، كما إذا افتقر الصبي إلى طعام، وله عقار يتوقع من ريعه ما يفي بثمن الطعام، فله أن يشتري ويرهن.

وحكم المكاتب حكم ولي الطفل، وحكم المأذون مرتباً على المكاتب، وأولى بالمنع؛ لأن الرهن قد لا يتناول اسم التجارة، ولذلك لا يقدر على إحارة نفسه.

الباب الثاني: في القبض والطوارئ قبله

وفيه قسمان:

القسم الأول: في القبض

وهو ركن في الرهن لا يلزم إلا به، خلافاً للمالك، رحمه الله، فإنه قال: يلزم بنفسه، وطرد ذلك في الهبة والإعارة وكل تبرع.

ثم يشترط لصحة القبض من التكليف والأهلية ما يشترط للعقد، واليد مستحقة للمرتهن.

ولو أُناب فيه نائباً: جاز، ولا يجوز أن ينيب الراهن، ولا عبده القن، ولا مستولده؛ لأن يدهم يد الراهن، ويجوز أن ينيب مكاتبه.

وفي عبده المأذون له في التجارة ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين أن تركبه الديون فتقطع سلطنة السيد عما في يده ويضاهي المكاتب، وبين أن لا تركبه الديون.

والنظر الآن في صورة القبض، وهو: التخلية في العقار، والنقل في المنقول. وفي الاكتفاء في المنقول بالتخلية خلافاً، كما في البيع، وقطع القاضى بالفرق؛ لأن البيع يوجب استحقاق القبض، فيكفي التمكين فيه، وهاهنا لا استحقاق، بل القبض سبب الاستحقاق فلا وقع لمجرد التمكين.

أما إذا رهن المودع من المودع الوديعة، فقد نص، الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا

يلزم بمجرد قوله: رهنت، بل لا بد من إذن جديد في القبض، ونص في الهبة على خلافه.

فقال الأصحاب: قولان بالنقل والتخريج، ومن قرر النصين فرق بالضعف والقوة.

وتوجيه القولين: من قال: يكتفى به، جعل قوله: رهنت بقربة الحال رضا بالقبض، ومن لم يكتف به نظر إلى مجرد الصيغة، وهى لا تدل على القبض، ولذلك لا يجوز للمرتهن أخذ المهرن إذا لم يكن فى يده إلا بإذن جديد ثم، سواء قلنا: لا يفتقر إلى إذن جديد، أو قلنا: يفتقر، فإذا فلا بد من مضي مدة يتصور تحقيق صورة القبض فيها حتى يلزم، فهل يشترط الرجوع إلى بينة ومشاهدة المهرن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا بد منه؛ ليتحقق التمكن فيكون كالقبض لنفسه، وهو نص الشافعى، رضى الله عنه؛ إذ قال: ولو كان فى المسجد والوديعة فى بيته لم يكن قبضاً حتى يصير إلى منزله. والثانى: أنه لا يشترط الرجوع؛ إذ لا فائدة للرجوع. والثالث: أنه إن استيقن وجوده أو غلب على ظنه فلا فائدة فى الرجوع، وإلا فيرجع ليتيقن وجوده.

فإن قلنا: يشترط الرجوع، ففى اشتراط نقله من مكان إلى مكان وجهان، واشتراط النقل هو الغاية فلا ذاهب إلى أنه يجب رده على الراهن واسترداده بعد ذلك.

وروى العراقيون عن حرملة: أنا إذا لم يشترط إذاً جديداً فلا يشترط أيضاً مضي الزمان، وهو محتمل لكنه بعيد من المذهب.

ثم إن شرطنا شيئاً سوى مضي الزمان، فهل تجوز الاستنابة فيه؟ فعلى وجهين.

ووجه المنع: أنه إنما يصير قابضاً بالضم إلى ما سبق من النقل، فلا يقبل التعدد.

والأصح: أن البيع من المودع مسلطاً على التصرف وناقل للضمان دون إذن جديد، بخلاف الرهن. فإنه محصل للملك وهو فى يده.

وفيه وجه: أنه كالرهن. والأصح: أن الرهن من الغاصب كالرهن من المودع.

وفيه وجه: أنه لا بد من إذن جديد قطعاً، إذ لم يسبق هاهنا إذن حتى ينصرف الآن إلى جهة الرهن.

فإن قيل: فهل يبرأ الغاصب عن ضمان الغصب بالرهن؟ قلنا: عندنا لا يبرأ، بخلاف لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن يد الغاصب لم تنقطع، فلا ينقطع حكمه، بخلاف ما إذا أودع عند الغاصب فإن الظاهر: أنه ينقطع؛ لأنه عاد إلى المالك حكماً؛ إذ يده يد المودع، ويد المرتهن لنفسه.

ولو أجره فوجهان؛ لأنه مرددٌ بين أن نجعل للآجر؛ لما فيه من تقرير أجرته، أو للمستأجر؛ للانتفاع.

وفى الوكالة بالبيع وجهان مرتبان على الإجارة، وأولى بأن لا يسبر؛ لأنه كالمستأجر فيه، إلا أن غرض المالك هاهنا فى اليد أظهر.

ولو رهن من المستعير ففى براءته عن ضمان العارية وجهان مبنيان على أنه هل يضمن ضمان المصوب؟

ولو أبرأ الغاصب صريحاً عن الضمان مع بقاء اليد، ففى البراءة وجهان من حيث إنه إبراء عما لم يتم سبب وجوبه؛ إذ تمام الوجوب بالتلف.

ثم إذا قلنا: لا يبرأ الغاصب، فله أن يرد على الراهن ويسترد، ويجبر الراهن على الأخذ والرد بعد لزوم الرهن.

القسم الثانى من الباب: الكلام فى الطوارئ قبل القبض

والنظر فى تصرفات الراهن، وأحوال العاقد، وأحوال المعقود عليه.

أما التصرفات: فكل ما يزيل الملك فهو رجوعٌ عن الرهن؛ لأنه جائز، وهو ضده، وما لا يزيل الملك كالتزويج ليس برجوع؛ إذ لا مضادة، والإجارة رجوعٌ عن الرهن، إن قلنا: يمنع البيع، وإلا فالظاهر: أنه ليس برجوع كالتزويج.

والتدبير بحكم نص الشافعى، رضى الله عنه: أنه رجوع؛ إذ جعله مانعاً من الرهن، كما سبق. وعلى تخريج الربيع: ليس برجوع، وهو القياس.

أما أحوال العاقدين: فموت الراهن: نص الشافعى، رضى الله عنه، أنه سببٌ للفسخ، ونص فى موت المرتهن على أنه يسلم إلى الورثة، فقيل: قولان بالنقل والتخريج.

ووجه التردد: مشابهته للجمالة والوكالة، وهى تنفسخ بالموت، ولبيع الجائز، فإن مصيره إلى اللزوم، وهو لا يفسخ.

ومن قرر النصين فرق من حقوق الغرماء والورثة يتعلق بالرهون عند موت الراهن، وعماد الرهن من جانب المرتهن الدين، واستحقاقه لا يتأثر بموته.

وفى جنون العاقدين خلافٌ مرتبٌ على الموت، وفى السفه خلافٌ مرتبٌ على الجنون، وأولى بأن لا يفسخ؛ فإن عدم العقل دون عدم الروح.

أما أحوال المعقود عليه: ففي انفساخ الرهن بانقلاب العصير خمرًا وجهان.

وفى جناية العبد وإيقاعه وجهان مرتبان، وأولى بأن لا ينفسخ، وهو قريب من الخلاف فى الجنون.

وانقلاب العصير خمرًا أولى بالفسخ؛ لأنه يناقى المالية، ولذلك يزول الرهن بعد القبض به، ولكن إذا عاد خلا عاد وثيقة الرهن، بسبب اختصاص اليد، كما عاد ملك المالك بسبب الاختصاص بالعين.

ويمكن أن يقال: كان الرهن موقوفًا، كما نقول فى وقف النكاح على انقضاء العدة فى ردة المنكوحه، ومصير العصير خمرًا فى البيع قبل القبض، كهو فى الرهن بعد القبض. التفريع: إذا قلنا: لا يفسخ به قبل القبض، بل إذا عاد خلا عاد الرهن كما بعد القبض. فلو أقبض وهو خمر فالبض فاسد، فلو صار خلا، فقال: أمسكه لنفسك لم يكف ولو قال: أقبضه لنفسك فيكون هو القابض والمقبض، وفى مثله خلاف فى البيع. هكذا قاله الصحاب.

قال صاحب التفرير أبو القاسم بن القاسم القفال الشاشي: ينبغي أن يكون هذا كإذن المودع بعد الرهن منه؛ إذ لا فرق بينهما.

فإن قيل: وهل يجوز السعى فى التخليل؟ قلنا: التخليل حرام عند الشافعى، رضى الله عنه، لحديث أبى طلحة^(١)، ثم الخمر إن لم يكن محترماً، وهو ما اعتصر لأجل الخمرية، فإن خلل بالقاء ملح فهو نجس لعلتين: إحداهما: تحريم التخليل.

والأخرى: ثبوت حكم النجاسة للمتخلل، وذلك لا يزول إلا بالماء تعبدًا، بخلاف أجزاء الدن؛ فإن فيه ضرورة.

فإن خلل بالنقل من ظل إلى شمس فوجهان؛ بناءً على العلتين، وإن لم يجر إلا بمجرد قصد الإمساك ليتخلل، فالظاهر: أنه طاهر، وفيه وجه.

فإن اعتصره للخمرية فصار خلا، من غير قصد، فهو طاهر؛ إذ لا قصد ولا فعل. وإن كانت الخمرة محترمة، وهى التى اعتصرت للخل، فهو طاهر فى جميع الصور، إلا إذا ألقى فيه ملح، فإن نقل من الظل إلى الشمس، فالظاهر: طهارته.

(١) حديث أبى طلحة: أخرجه: أبو داود (٣٦٧٥) والترمذى (٥٨٨/٣) ح (١٢٩٣) وأحمد (١١٩/٣) والدارقطنى (٢٦٥/٤) وابن حجر فى تلخيص الحبير (١٢٣٠).

فإن قيل: فالعناقيد إذا استحالت بواطنها واشتدت، ما حكمها؟ قلنا: بواطنها نجسة، وفي جواز بيعها وجهان يجريان في البيضة المذرة.

ووجه التصحيح: الاعتماد في الحال على طهارة الظاهر، وفائدته المنتظرة عند التحلل والتفرخ.

الباب الثالث

في حكم المرهون بعد القبض في حق المرتهن والراهن

فهذا ينبني على فهم حقيقة الرهن، وحقيقته: إثبات الوثيقة لدين المرتهن في العين، حتى يثبت عليه اليد ويختص به، فيقدم على الغرباء عند الرحمة، ويأمن فوات الدين بالإفلاس، فيتضمن الرهن تجديده سلطنة للمرتهن لم تكن، وقطع سلطنة للراهن كانت.

فالنظر يتعلق بما انقطع من سلطنة الراهن، وما يحدد للمرتهن وبيان محل الوثيقة، وغايتها التي عندها ينقطع، فهي أربعة أطراف:

الطرف الأول: فيما حجر على المالك فيه

وهو كل ما يفوت وثيقة المرتهن أو بعضها أو ينقصها، وتصرف الراهن من ثلاثة أوجه:

الأول: التصرف القولي:

فكل ما ينقل الملك إلى غيره كالبيع والهبة أو ينقص الملك كالتزويج والإحارة؛ إذ يقلل الرغبة في الحال، أو يزحم المرتهن كالرهن من غيره: فهو ممنوع، ولا منع من إحارة تنقضي مدتها قبل حلول الدين.

أما ما يسقط الملك كالإعتاق، فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا ينفذ، فإنه يفوت الوثيقة من العين، كالبيع. والثاني: ينفذ، ويغرم، فإنه يسرى إلى ملك الشريك، وحق المرتهن لا يزيد عليه. والثالث: أنه إن كان موسراً نفذ وغرم، وإلا فلا، فإنه إذا لم يمكن تغريمه، يبقى العتق في حق المرتهن تفويتاً محضاً.

أما إذا رهن نصف العبد: فالصحيح أن إعتاقه في النصف المستبقى إذا نفذ سرى إلى المرهون مهما كان موسراً؛ لأنه في معنى صورة السراية إلى ملك الغير؛ لوجوده محلاً فارغاً في الابتداء، بل أولى منه.

التفريع: إن قلنا: ينفذ ويغرم، ففي وقت نفوذ العتق طريقان:

أحدهما: أنه ينفذ في الحال؛ لأنه صادف ملكه. والثاني: أنه يخرج على الأقوال في ملك الشريك، فعلى قول: متنجز وعلى آخر: يتوقف على بذل البدل، وعلى الثالث: على بذل البدل يتبين حصوله من وقت الإنشاء.

وإن قلنا: لا ينفذ العتق، ففي نفوذه عند فك الرهن وجهان:

أحدهما: بلى؛ إذ صادف ملكه واندفع لمانع، والآن فقد ارتفع. والثاني: لا؛ لأنه ليس بمعلق، ولم يتنجز، فلا يعود بعد اندفاعه. ولا خلاف في أنه لو بيع في حق المرتهن وعاد إليه يوماً من الدهر لا ينفذ.

أما تعليق العتق في المرهون، إن اتصل بالصفقة قبل فك الرهن فحكمه حكم العتق، وإن وجدت الصفة بعده، فالأصح: النفوذ.

وفيه وجه: أنه لا ينعقد التعليق في حالة لا يملك التنجيز فيها، وهو ملتفت على تعليق الطلقة الثالثة في حق العبد.

الوجه الثاني لتصرفه: الوطء.

وهو ممنوع؛ لأنه يعرض الملك لنقصان الولادة. وفي الصغيرة والآيسة وجه، والأصح: حسم الباب، فإن أقدم فلا حد ولا مهر، والولد حر نسباً له.

وفي الاستيلاد خلاف مرتب على العتق، وأولى بالحصول؛ لأنه من جملة الأفعال، فإن حكمنا به وجب عليه قيمتها يوم الإحبال، فيجعلها رهناً بدلها.

وإن قلنا: لا يحصل، فإن بيعت، وفي بطنها الولد الحر، صح، وفيه وجه: أنه يبطل، ويجعل ذلك كاستثناء الحمل، وإن انفك الرهن فالأصح هاهنا: عود الاستيلاد، وإن ماتت من طلق هذا الاستيلاد فعليه القيمة؛ لأنه المتلف بوطئه، وكذلك إذا وطء أمة الغير بالشبهة، فماتت في الطلق.

وفيه وجه آخر، ذكره الفوراني: أنه لا يجب؛ إذ يعد إحالة الهلاك على الوطء مع تخلل أسباب حبلية.

ولو ماتت زوجته من الطلق فلا ضمان قطعاً؛ لأنه تولد من مستحق، وفي الحرة الموطوءة بالشبهة وجهان:

ووجه الفرق: أن الحوالة عليها ممكن، فإنها صاحبة الحق واليد لها في نفسها، بخلاف الأمة، وكذلك في الزنا، فإن كان مع استكراه، فلا يمكن الحوالة عليها؛ لأنها لا نعرف كون الولد منه، والشرع منع النسب.

فإن أقر بأنه من إحياله، ففي كلام الأصحاب ما يدل على أنه لا يجب أيضاً، فإن السبب ضعيف، وكأنه في الأمة حصل مثل إثبات اليد عليها باستعمال رحمها في تربية الولد، فكان كالهلاك تحت اليد.

التفريع: إذا أوجبنا القيمة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه باعتبار أقصى القيم من يوم الإحيال إلى يوم الموت، وكان الإحيال غصبً واستيلاء. والثاني: باعتبار يوم الموت. والثالث: باعتبار يوم الإحيال.

الوجه الثالث: الانتفاع:

وهو جائزٌ عندنا للراهن، في الدار المرهونة بالسكون، وفي العبد المحترف بالاستكساب، وفي الفحل بإثرائه على الإنث إن لم ينقص من قيمته، وكذا الإنزاع على الأنثى إن لم ينقص الإحيال من قيمتها.

أما الغراس في الأرض فممنوع؛ لأنه يقلل الرغبة في الأرض إذا بيعت دون الغراس.

وذكر الربيع في الدين المؤجل وجهاً: أنه لا يمنع من الغراس، فربما تفي الأرض بجميع الدين، أو توفى الزيادة من موضع آخر، فإن لم يكن قلغ عند البيع، أما في الحال فلا منع، وهو منقاس.

التفريع: إذا قلنا: يمنع، فلو غرس: قلغ، ولو حمل السبل النوى فأثبت: لا يقلع في الحال، ولكن عند البيع يقلع إن لم يتعلق حق الغرماء به، بالحجر عليه بالفلس، فإن تعق: لم يقلع، وكذلك على مذهب الربيع إذا جوز الغراس، بل يباع الكل ويوزع الثمن، وفي كيفية التوزيع كلامٌ سبق في التفريق بين الولد والأم في الرهن.

فرع: ليس للراهن المسافرة بالعبد المرهون أصلاً؛ لأنه حيلولة عظيمة، واليد مستحقة للمرتهن فلا تزال إلا لضرورة، والضرورة في الانتفاع، لا في السفر.

وكذلك لا يسافر زوج الأمة بها، ويسافر بها سيدها؛ تقديماً لحقه وترغيباً له في تزويجها، ويسافر الزوج بزوجه الحرة؛ لأن مقصود النكاح أغلب وهو صاحبه، وهي صاحبة الحق والحظ في النكاح.

وكذلك لو أمكن استكساب العبد في يد المرتهن: لم ينتزع من يده، فإن لم يحسن إلا الخدمة انتزع من يده نهائياً ورد ليلاً، وللمرتهن أن يكلفه الإشهاد عند الانتزاع في كل يوم، وهل له أن يكلف الراهن ذلك، وهو مشهور العدالة؟ فيه وجهان.

فإن قيل: ما منعتموه من التصرفات، لو أذن فيه المرتهن؟ قلنا: لا يمتنع منه بإذنه؛ فالحق لا يعدوهما، ثم ما من ضرورته فسخ الرهن كالإعتاق والهبة؛ يرفع الرهن، ولا قيمة عليه إذا أعتق بإذنه، وله أن يرجع عن الإذن قبل وقوع التصرف، فإذا أذن في الهبة فله الرجوع قبل القبض؛ إذ به يتم المأذون فيه.

وفى الرجوع عن الإذن فى البيع فى مدة الخيار، وجهان:

فإن قيل: هل يتعلق حقه بالثمن إذا أذن فى البيع فى مدة الخيار؟ قلنا: إن كان بعد حلول الدين وأذن لأجل قضاء حقه: فلا شك، وإن كان قبله، فإن أطلق: لم يكن الثمن عندنا رهناً، خلافاً لأبى حنيفة رحمة الله عليه.

فإن قال: بشرط أن يجعل الثمن رهناً، ففى ذلك قولان، مأخذه: جواز نقل الوثيقة إلى عين أخرى.

وإن قال: بشرط أن يجعل حقه من الثمن: فالشرط فاسد، وكذا الإذن؛ لأنه ما رضى بالبيع إلا بعوض، وهو التعجيل ولم يسلم العوض، بخلاف ما إذا قال للوكيل: بع، ولك من الثمن عشرة أجرة، فإنه لم يفسد الإذن وفسد الشرط؛ لأنه لم يقابل العوض بالإذن، بل قابله بالعمل، فعند الفساد يرجع إلى أجرة المثل.

فإن قيل: فمن مات وعليه دين، فتعلقت الديون بتركته، فما قولكم فى تصرف الورثة فيها بالبيع؟ قلنا: فيه طريقتان:

منهم من خرج على قولى العبد الجانى؛ لأنه ثبت شرعاً لا اختياراً، بخلاف الرهن. ومنهم من قطع بالمنع؛ نظراً للميت، ومبادرة إلى تبرئة ذمته. ثم اختلفوا فى أن قول المنع هل يطرد فى الدين إذا لم يستغرق؟

ومن لم يطرد علل بأن أكثر التركات لا تخلو عن دين ماء، فيبعد الحجر بسبب درهم فى مال كثير.

فإن قيل: فلو ظهر دينٌ برد عوض بالعيب، وتوجهت المطالبة بالثمن بعد أن باع الورثة التركة؟

قلنا: إن فرعاً على المنع من المبيع ففى تتبعه بالنقض وجهان، من حيث إن الدين متراخ وسببه متقدم، وكذلك لو كان حفر بئراً، فتردى فيه بعد موته إنساناً، وهاهنا أولى بأن لا يسند؛ إذ الحفر ليس سبباً للهلاك بمجرده.

فإن قلنا: لا يتبع بالنقض، فإن وفوا بالدين فذاك، وإلا فالأصح: أنه الآن يفسخ؛ إذ لا دين عليهم حتى يطالبوا.

وفيه وجه: أن ما مضى وتعلق به حق المشتري لا يفسخ، فكأنهم قد فوتوا التركة فعليهم الضمان.

الطرف الثاني: في بيان جانب المرتهن

وقد تحدد له استحقاق اليد في الحال، واستحقاق البيع في تأني الحال. ولأجل استحقاق اليد وجب على الراهن التعهد والمؤنة لبقائه في يده، ولا يجب على المرتهن الضمان بحكم هذه اليد، ولا يملك الانتفاع والاستمتاع. فهذه خمسة أمور في جانبها لا بد من معرفتها:

الأول: استحقاق اليد في الحال:

وهو ثابت بمطلق الرهن عند اللزوم بالقبض؛ ولذلك يرد ليلاً إليه عند الانتفاع نهاراً، ولا تزال يده إلا خوفاً من فوات منفعة مقصودة، فتقدم المنفعة المقصودة على اليد التابعة للحق؛ لأنها لا تطلب إلا لحفظ محل الحق.

ولو شرط التعديل على يد ثالث: جاز، ويكون العدل نائباً عن المرتهن؛ لأنه مستحق اليد، ولذلك لا يجوز شرط التعديل على يد المالك؛ لأن يده لا تصلح للنيابة عن غيره، وهو مستقل بالملك.

وللراهن، أيضاً، حظ في يد العدل، فإنه ربما لا يثق بيد المرتهن؛ فلهذا لا يجوز للعدل أن يسلم إلى أحدهما دون إذن صاحبه، ولا أن يسلم إلى ثالث دون إذنهما، فإن فعل ضمن، ثم إن سلم إلى المرتهن ضمن للراهن، والقرار على المرتهن مهما تلف في يده.

وإن سلم إلى الراهن ضمن للمرتهن القيمة؛ لتكون عنده رهناً. فإذا قضى الدين ردت إليه القيمة، وله أن يكلف الراهن القضاء؛ لفك ملكه، كما في المعير لأجل الرهن.

فروع: لو تغير حال العدل بفسقه، أو جنائته على العبد قصداً، أو بزيادة فسق على ما عهد من قبل: فلكل واحد طلب إزالة يده إلى عدل آخر.

الأمر الثاني: استحقاق البيع:

وهو ثابت عند حلول الدين، إن لم يوف الراهن الدين من موضع آخر، ولكن لا يستقل به المرتهن، ولا العدل الذي في يده، دون إذن الراهن، أو إذن القاضي، ولو باع العدل بإذن أحدهما: لم يصح، بل لا بد من إذنهما. وفيه فروع أربعة:

الأول: أنه لو رجع أحدهما عن الإذن: امتنع العدل عن البيع، فرجوع الراهن عزل؛ فإنه الموكل، وإذن المرتهن شرط وليس بتوكيل، ولذلك لو عاد المرتهن وأذن بعد رجوعه: جاز، ولم يجب تجديد التوكيل من الراهن.

ومساق هذا الكلام من الأصحاب مشعرٌ بأنه لو عزل الراهن ثم عاد ووكل: افتقر المرتهن إلى تجديد الإذن، وعليه يلزم، لو قيل به، أن لا يعتد بإذنه للعدل قبل توكيل الراهن، فليؤخر عنه.

ويلزم عليه الحكم ببطالان رضا المرأة للوكيل بالنكاح قبل توكيل الولي، وكل ذلك محتمل.

وجه المسألة: إقامة دوام الإذن مقام الابتداء تعلقاً بعمومه، وأنه إن لم يكن يعمل في الحال أولى بالاحتمال فليقدر مضافاً إلى وقت التوكيل. وإذا احتملت الوكالة التأقيت والتعليق كان الإذن أولى بالاحتمال.

الثاني: لو أذن الراهن للعدل عند الرهن بالبيع عند حلول الأجل: لم يفتقر إلى مراجعته ثانياً عند الحلول.

وفيه وجه: أنه لا بد منه؛ إذ قد يسمح بالإذن في غير وقت البيع، ثم يرى أن يوفى الدين من موضع آخر في وقت الحلول.

الثالث: أنه لو ضاع الثمن في يد العدل: فهو أمانة، فلو سلمه إلى أحدهما دون إذن الثاني: فهو ضامن.

ولو أذن له الراهن في التسليم إلى المرتهن، فسلم وأنكر المرتهن: فهو ضامن؛ لعجزه عن الإثبات، فإن صدقه الراهن ونسبه إلى التقصير في ترك الإشهاد، ففي الضمان وجهان.

ولو كان قد شرط الإشهاد: فلا شك أنه يضمن، ولو ادعى موت الشهود وصدق: لم يضمن، وإن كذب قوجهان.

الرابع: إذا باع العدل بالغين: بطل بيعه، وإن باع بثمن المثل، وهو في الحال يطلب بزيادة، لم يصح، وإن طلب في المجلس، أيضاً، انفسخ العقد؛ لأنه في حكم الابتداء.

فإن أبى الراغب من قبول البيع بعد إظهاره، فالأصح: أننا نتبين أن الانفساخ لم يكن؛ إذ بان أن الزيادة لم يكن لها حقيقة.

وفيه وجه: أنه لا بد من تجديد العقد، فإن الفسخ قد وقع. ثم فى تجديد البيع من الأول، والبيع من الراغب الثانى عند إطلاق الإذن، وجهان: أحدهما: أنه لا يجوز إلا بإذن مجدد؛ إذ الوكالة الأولى انفسخت بالامتنال بالبيع الأول.

والثانى: الجواز، وتنزيل البيع على ما يفيد ويتقرر، وإخراج الأول عن كونه امتثالاً.

الأمر الثالث: تعهد المرهون ومؤنته على الراهن:

وليس يمنع منه حتى من القصد والحجامة والختان، ويمنع عن قطع سلعة يخاف منها سرية، ويجب عليه كراء الاصطبل للدابة مع العلف.

وقال الشافعى، رضى الله عنه: إذا رهنه ثمرة الشجرة فعلى الراهن سقيها وإصلاحها وجذاذها وتشميسها، كما يكون عليه نفقة العبد، وقد قال عليه السلام: «وعلى من يحلبه ويركبه نفقته، له غنمه، وعليه غرمه»^(١).

فإن امتنع أجبره القاضى؛ لحق المرتهن، هذا مذهب العراقيين، وقالت المرازمة: لا يلزمه الإنفاق على الحيوان إلا لحق الله تعالى، فلم يرهن منه إلا على ذلك.

فإن امتنع: بيع جزء من المرهون وجعل نفقة له، فإن خيف استيعاب المرهون بالنفقة ألحق بما يتسارع إليه الفساد، وبيع بما لا يحتاج إلى نفقة.

وكذلك يحذر من بيع البعض؛ لأنه تشقيص، فينق عليه من منفعته وكسبه، وإلا فيباع، ولعل الأول أصح، ويتأيد بالمكرى فإنه يجب عليه عمارة الدار من عنده؛ وفاء بتقدير ما التزم.

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ ولكن بمعناه وحكمه، وهو عند البخارى (٢٥١٢) بلفظ عن أبى هريرة مرفوعاً [الطهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة] وأخرج نحوه: الترمذى (١٢٥٤) وابن ماجه (٢٤٤) وابن أبى شيبة (١٤٠/١٤، ٣٢٦/٧) وابن حجر فى تلخيص الحبير (٣٥/٣) وفى فتح البارى (١٤٤، ١٤٣/٥) وأبو داود (البيوع ب٧٨) وأحمد (٤٧٢/٢) والبيهقى (٣٨/٦) والبخارى (٢١٦/٦) والثيريزى (٢٨٨٦) والدارقطنى (٣٤/٣) والألبانى فى إرواء الغليل (٢٤٤/٥) هذا بالنسبة للشق الأول مما ذكره المصنف، أما الشق الثانى وهو قوله [له غنمه وعليه غرمه] فأخرجه الشافعى فى مسنده (١٤٨) والبيهقى فى السنن الكبرى (٤٠، ٣٩/٦) وفى معرفة السنن والآثار (٢٢٣: ٢٢٩/٨) والحاكم (٥١/٢) وعبد الرزاق (٢٣٨، ٢٣٧/٨) وابن حجر فى تلخيص الحبير (١٢٣١، ١٢٣٢).

الأمر الرابع: المرهون أمانة في يد المرتهن:

لا يسقط بتلفه شيء من الدين، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، فلو تصرف فيه بما لا يجوز: ضمن ضمان المغصوب.

فروع أربعة: أحدها: لو رهن عنده أرضاً وأذن له في الغراس بعد شهر، فهو قبل الغراس أمانة، وبعده عارية مضمونة، والرهن مستمر، فإن غرس قبل الشهر: قلع مجاناً، وإن غرس بعد الشهر: لم يقلع إلا ببذل.

الثاني: إذا كان الدين موجلاً بشهر، فقال: رهنت منك بشرط أن يكون مبيعاً منك بالدين عند حلول الأجل، فالرهن فاسدٌ والشرط فاسدٌ، ولكنه في الشهر الأول أمانة؛ لأنه مقبوضٌ على حكم الرهن، وفي الثاني مضمونٌ؛ لأنه مقبوضٌ على حكم شراء فاسد، وللفاسد حكم الصحيح في الضمان. ومنهم من استثنى ما إذا عرف فساد البيع فأمسكه عن جهة الرهن.

التفريع: لو غرس بعد مضي الشهر على ظن صحة البيع: لم يقلع غرسه مجاناً؛ لأنه مأذونٌ فيه في ضمن البيع، ولو علم الفساد: قلع مجاناً؛ لأنه حرم عليه ذلك، فلا حرمة لقلعه.

الثالث: إذا ادعى المرتهن رد الرهن أو تلفه، فالقول قوله، عند المرازمة، كما في المودع، وطرّدوا ذلك في المستاجر وأيدى الأمانات كلها. وقال العراقيون: ذلك من خصائص الائتمان؛ لأنه مصدقٌ بقوله إذا اتّمنه، وألحقوا الوكيل بغير أجرة بالمودع، وذكروا في الوكيل بأجرة وجهين.

الرابع: قال المرازمة: المرتهن من الغاصب والمستاجر منه على جهل، حكمهما حكم المودع على جهل، حتى إنهم يطالبون بالضمان والقرار على الغاصب.

والعراقيون سوا بين الكل، وذكروا في مطالبته وجهين، وعند المطالبة ذكروا في قرار الضمان وجهين.

الأمر الخامس: تصرفات المرتهن:

وهو ممنوعٌ من جميعها قولاً وفعلاً، وليس له الانتفاع أيضاً، ولو وطء، مع العلم بالتحريم، فحكمه حكم الزنا، وإن جهل، وكان حديث العهد بالإسلام، فحكمه حكم الوطء بالشبهة.

ومنهم من قطع بسقوط الحد، وتردد في المهر والنسب وحرية الولد؛ لضعف هذه الشبهة، وهو بعيد.

ثم قال القاضى: من لا يعرف هذا القدر فكأنه لا معرفة له، فإذا اكتفينا بهذا فى إثبات الأحكام فينبغى أن نقول: المحنون إذا زنا فحكمه حكم الوطء بالشبهة، وإن أذن الراهن وعلم التحريم فهو زان.

وقيل: إن مذهب عطاء إباحة الوطء بالإذن، فيصير شبهةً ويلتحق بالوطء بالشبهة. فأما إذا ظن الإباحة، فهذه الشبهة أقوى. وفي المهر وجهان، أحدهما: السقوط؛ لإذنه.

والثانى: الوجوب كما للمفوضة؛ إذ لا يؤثر الإذن فى إسقاط عوض الأفضاع. وفى قيمة الولد طريقان، أحدهما: أنه كالمهر؛ لأنه نتيجة الوطء.

والثانى: القسط بالوجوب؛ لأنه لم يأذن فى الاستيلاء، وهذا ينقضه أن المرتهن لو أذن للراهن نفذ استيلاؤه قطعاً.

الطرف الثالث: فى محل الوثيقة

وهو عين المرهون، أو بدلها.

فأما بدل المنفعة، كالكسب والعقر، أو الزيادة الحاصلة من العين، كالولد والدين والثمر والصوف: فلا يتعدى الرهن إليها عندنا.

وخالف أبو حنيفة، رحمه الله، فى الزيادات الحاصلة من العين، وفى العقر، أيضاً، هذا إذا كان الولد حادثاً علوقه بعد الرهن وانفصاله قبل الحاجة إلى البيع. فإن كان مجتناً فى الحالتين جميعاً، فبيع الحامل فى حقه ولا ينظر إلى ما فى بطنها. وإن كان مجتناً عند العقد منفصلاً حال البيع، ففيه قولان، مأخذه: التردد فى الاستباع، وأن الحمل هل يعرف؟ فإنه إن لم يعرف لم يندرج، وكأنه حدث الآن. وإن علق بعد الرهن، وكان مجتناً عند البيع، فكذلك فيه قولان.

فإن قلنا: إنه لا يعرف، فكأنه زيادة متصلة، فلا كلام. فإن قلنا: لا يتعلق بالحمل، فلا يمكن بيع الأم دون الحمل، ولا بيع الكل مع التوزيع؛ فإن قيمة الحمل لا تعرف، وقد تنقص القيمة بالحمل فتؤخر إلى وقت انفصال الولد.

أما بدل العين فيتعدى إليه الرهن، ونعنى به أرش الجناية، فإنه يوضع رهناً، وما دام فى ذمة الجانى هل نسميه مرهوناً، أم نقول: زال الرهن ثم عاد عند التعيين، كما نقول

فى العصور إذا انقلب حمراً ثم خلا؟ فيه خلاف.

ثم الراهن بالمطالبة أولى؛ فهو المالك، فإن تكاسل فللمرتهن المطالبة، فإن أبرأ الراهن: لم ينفذ قطعاً ولم يلحق بالإعتاق، وإن أبرأ المرتهن: لم يصح، ولكن هل يكون ذلك فسخاً للرهن فى حقه؟ فعلى وجهين.

ووجه المنع: أن الفسخ كان تحصل ضمناً للإبراء، فإذا لم يحصل المتضمن فلا عموم لقوله، فلا يحصل الضمن.

الطرف الرابع: فى غاية الرهن وما به انفكاكه

وهو بفسخ الرهن، أو فوات المهرن بغير بدل، أو قضاء الدين.

أما الفسخ: فلا يخفى، وكذا فوات عين المهرن بأفة سماوية، ويلتحق به ما إذا فوات الملك فيه بغير بدل، وذلك إنما يكون بجناية العبد؛ فإنه يتعلق الأرض برقبته.

فإن فداه السيد: استمر الرهن، وإن بيع فى الجناية: فقد فوات الملك، وفات وثيقة الرهن، ولا ضمان على الراهن؛ لأنه لم يكن من جهته، وإنما لم يمنع الرهن حق الجناية؛ لأنه لا يزيد على حق المالك. وقدم حق المحنى عليه على حق المالك؛ مصلحة فى حسم الجنايات.

فأما إذا كانت الجناية متعلقة بالسيد، فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجنى على طرفه، أو على عبده بما يوجب القصاص، فله قتله؛ لأن مرتبته لا تتقاعد عن رتبة الأجنى. وإن عفا عن القصاص على مال: فلا مطمع فى فك الرهن فى قدر الجناية؛ لأن السيد لا يثبت له دين فى ذمة عبده، حتى يبنى عليه التعلق بالرقبة، ثم البيع فيه، ثم فك الرهن به.

وفيه وجه عن ابن سريج: أن له فك الرهن فى قدر الجناية، ويظهر أثر الجناية فى حق المرتهن، وإن لم يظهر فى حق العبد.

الثانية: إذا جنى على ابن الراهن فمات الابن، وانتقل الحق إلى الراهن: فله القصاص، وإن عاد إلى مال، فهل يستحق فك الرهن به؟ يبنى على أن الملك الطارئ هل يقطع دوام الدين الذى استحق قبل الملك؟ وفيه خلاف.

وهذا فى حكم دوام دين؛ لأنه استحق من قبل، والإرث دوام، فإن قتل ابن الراهن، وقتلنا: إن الدية تثبت للقتيل أولاً ثم للوارث، فحكمه ما سبق.

وإن قلنا: إنه للوارث ابتداءً، فهو كما لو جنى على الراهن ابتداءً.

ولو قتل الراهن، فليس للابن فك الرهن به قطعاً؛ لأنه ليس يفيد في حق المورث والوارث، فإن المورث هاهنا هو المالك.

الثالثة: إذا جنى على عبد آخر له مرهون: إن كان من شخص آخر، فللراهن القصاص، ولا مبالاة بفوات حق المرتهن. فإن عفا على مال تعلق حق مرتهن القتل بالعبد. وإن عفا مطلقاً، أو من غير مال، فهو كعفو المفلس المحجور عليه؛ لأن الراهن محجورٌ عليه كالمفلس، وعفو السيد عن المال ينزل جنابة العمد منزلة الخطأ.

وإن كان موجه المال؛ فيباع الجاني في حق مرتهن القتل، فإن كان حقه يتأدى ببعض العبد القاتل؛ لكونه دون قيمته: يبيع ذلك القدر في حقه، وبقي الباقي رهناً عند مرتهن القاتل.

وإن لم يرض مرتهن القاتل بعيب التشقيص: يباع الكل، ويوضع الفاضل عن أرش الجنابة رهناً عنده.

ولو تساوت القيمتان، وتراضى المالك ومرتهن القتل بأن يجعل العبد رهناً بدل القتل: جاز. وإن أبى المرتهن، أغنى مرتهن القتل، فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان.

أما إذا كان القتل مرهوناً عنده أيضاً، فإن كان بذلك الدين بعينه: فهو فوات محض في حقه. وإن كان بدين آخر يخالفه في القدر أو الجنس أو مقدار الأجل، فله أن يفك الأول؛ ليبيع ويجعل رهناً بالثاني.

وإن استوى الدينان من كل وجه، قدرًا وجنسًا وأجلًا، فقال: بيعوه؛ لينتقل حقي إلى ثمنه، فإني لا آمن جنابته. فهل يكون هذا من الأغراض المعتبرة؟ فيه وجهان.

السبب الآخر في فك الرهن: قضاء الدين

وهو قسمان: الأول: أن يقضى من غير المرهون، فإن قضى جميع الدين: انفك الرهن، وإن بقي من الدين درهمٌ: بقي جميع المرهون رهناً؛ فلا يتفك ببعض الدين بعض المرهون، بل الدين ينسبط على أجزاء المرهون.

ولذلك نقول: لو مات أحد العبدین بقي الثاني رهناً بالجميع، وكذلك لو رهن عبدین بألف وسلم أحدهما: كان رهناً عندنا بجميع الألف، بخلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

فأما إذا تعدد العقد: لم يكن أحدهما متعلقاً بالآخر، وذلك بتعددته في نفسه، كما إذا

رهن نصفى عبد فى صفتين بألفين، ثم قضى أحدهما: انفك أحد النصفين.

ولذلك لو تعدد مستحق الدين، كما إذا رهن من رجلين وقضى دين أحدهما، أو تعدد المستحق عليه فارتهن من رجلين: فلا يقف حكم أحدهما على الآخر.

ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعددته فى باب الرهن؛ لأنه ليس عقد عهدة، بخلاف صفقة البيع، فإنها قد تعدد بتعدد الوكيل. وهل تتعدد بتعدد المالك؟ فيه وجهان.

وصورته: أن يستعير عبداً من رجلين ويرهنه بألفين عليه، ويرهن من شخص واحد، ثم سلم ألفاً، وقصد به فك نصيب أحدهما: فمنهم من قال: لا ينفك؛ نظراً إلى اتحاد الدين والعقد، ومنهم من نظر إلى تعدد المالك.

ولو استعار عبيدين من رجلين، قضى التعدد وجهان مرتبان، وأولى لانضمام تميز المرهون إلى تميز المالك.

ولو مات الرهن وخلف ابنين، وذكر صاحب التقريب قولين، والصحيح: أن له حكم الاتحاد، نظراً إلى حال الرهن.

نعم، لو مات الراهن قبل الرهن وتعلق الدين بالتركة بإقرار الابنين، فقضى أحدهما نصيبه: ففى انفكاك نصيبه قولان ظاهران، من حيث إن التعدد مقترنٌ بالابتداء، وهو بناء على أن أحدهما لو أقر، هل يطالب بتمام الدين؟

فرع: حيث يتميز الحكم بتعدد المالك، فإذا قضى أحد الشريكين نصيبه واستقسم المرتهن فكان الشيء مكيلاً أو موزوناً:

قال الشافعى، رضى الله عنه: له ذلك، وهو تفرغ على أن القسمة إفراز حق لا بيع، حتى يتصور فى المرهون، ثم يراجع القاضى الراهن فيه، فإن أبى أجبره عليه.

وفى مراجعة المرتهن وجهان، من حيث إنه لا ملك له، ولكن له حق، فإن كانت القسمة قسمة تعديل، كما لو رهن رجلان عبيدين مشتركين، ثم قضى أحدهما نصيبه وهما متساويا القيمة: ففى الإيجاب عليها قولان.

فإن قلنا: يجبر، فالرجوع إلى المرتهن هاهنا أولى؛ لأنه أقرب إلى حقيقة البيع من قسمة الجزية.

القسم الثانى: فى قضاء الدين من ثمن المرهون، وذلك يبيعه عند حلول الدين، فلا يستقل المرتهن به، بل يرفعه إلى القاضى، ثم القاضى لا يبيع بل يكلف الراهن قضاء

الدين، أو الإذن في البيع، فإن أذن وقال للمرتهن: بعه لي واستوف الثمن لي، ثم أقبضه لنفسك: صح بيعه واستيفاءه له.

وفى قبضه لنفسه خلاف، منشؤه: اتحاد القابض والمقبض، فإن قال: بعه لي واستوف لنفسك: صح البيع، وبطل استيفاءه لنفسه؛ لأنه لم يتعين بعد ملك الراهن، إذ لم يستوف له أولاً، ولكن يدخل في ضمانه؛ لأنه استيفاء فاسد، فله في الضمان حكم الصحيح.

ولو قال: بعه لنفسك: بطل الإذن؛ إذ لا يتصور أن يبيع مال الغير لنفسه، فليقل: بعه لي، فإن قال: بع مطلقاً ففيه خلاف.

واختلفوا في تعليل المنع، منهم من علل بأنه مستحق للبيع، فينصرف مطلق اللفظ إلى جانبه، فهو كقوله: بع لنفسك.

ومنهم من علل بأنه متهم في ترك الماكسة؛ لأنه في غرض نفسه يتحرك، فعلى هذه العلة لو قدر الثمن، أو كان قبل حلول الأجل، أو كان الرهن حاضراً: قالوا بصحة بيعه.

فرع: لو حضر الراهن مجلس القاضي وكلف المرتهن إحضار الرهن حتى يقضى دينه: لم يلزمه معاملة، بل عليه قضاء الدين. فإذا قضى فليس عليه أيضاً إحضاره؛ فإنه أمانة في يده، فليس عليه إلا التمكن من الأخذ.

الباب الرابع: في النزاع بين المتعاقدين

وهو في أربعة أمور: العقد، والقبض، والجنانية، وما يوجب فك الرهن به.

النزاع الأول في العقد

ومهما اختلف فيه فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الرهن.

فروع ثلاثة: الأول: إذا تنازعا في قدر المهرن: فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الرهن، فلو صادفنا في يد المرتهن أرضاً وفيها نخيل، وادعى كون النخيل رهناً، فأنكر الراهن وجوده لدى العقد: كفاه ذلك إن أمكن صدقه ويخلف عليه.

وإن كذبه الحس: فله أن يخلف على نفى الرهن، لا على نفى الوجود، فلو استمر على إنكار الوجود على خلاف الحس: جعل ناكلاً عن اليمين وردت اليمين على المرتهن، فإن ترك ذلك ورجع إلى إنكار الرهن لم يمنع منه، وإن كذب نفسه فيما سبق من إنكار الوجود.

الثاني: إذا ادعى رجلٌ على رجلين رهن عبد واحد لهما عنده، فكذب أحدهما وصدق الآخر: فللمصدق أن يشهد على المكذب؛ لأن الشريك يشهد على الشريك.

ولو ادعى رجلان على رجل رهن عبد واحد منهما، فكذب أحدهما فشهد المصدق للمكذب، ففى قبوله وجهان ينيان على أنه لو لم يشهد له هل كان المكذب يشاركه فى نصفه؟ مواخذة له بتصديق؟.

وكذا الخلاف فيما لو ادعى هبة عبد، فصدق أحدهما، فهل يأخذ المكذب مما سلم له النصف؟ ولا خلاف فى أنهما لو ادعىا ورثة عبد، فصدق أحدهما يشاركه المكذب فيه. الثالث: لو ادعى رجلان على رجل واحد أنه رهن عبده منه على الكمال، فصدق أحدهما: سلم إليه، وهل يحلف للثاني؟.

ينبنى على أنه لو أقر للثاني، هل كان يغرم له؟ وفيه قولان الخيلولة. فإن قال: رهنت من أحكما ونسيت، فيحلف على نفى العلم، فإن نكل رد اليمين عليهما، فإن تحالفا، أو تناكلا: فسخ القاضى الرهن؛ لتعذر الإمضاء. وإن حلف الراهن على نفى العلم، فالصحيح: أنهما يتحالفان كما لو نكل، وفيه وجه: أنه انتهت الخصومة.

أما إذا كان فى يد أحدهما، وأقر الراهن للثاني بعد وقوع الاتفاق على حريان رهن وقبض مع كل واحد، ولكن وقع النزاع فى السبق، فقولان: اختبار المزنى: ترجيح اليد على الإقرار، وهو ضعيف. والأصح: النظر إلى موجب الإقرار.

ثم فرع المزنى وقال: لو قال صاحب اليد: كان فى يد المقر له قبل هذا ولكن غصباً فيقال له: اعترفت باليد، وادعيت الغصب: فهو فى يده إذا لا فى يدك.

النزاع الثانى: فى القبض

والقول فيه أيضاً قول الراهن إذ الأصل علمه إذا كان فى يد الراهن، فإن كان عند النزاع فى يد المرتهن فكذلك القول قوله إن كان: غصبتيه، وفيه وجه بعيد.

وإن قال: أعرتك، أو أكرمتك، أو أودعتك، فوجهان.

ووجه الفرق: أنه أقر بقبض مأذون فيه، ويجريان الرهن، وهو يدعى صرفه عن جهة الرهن، فالظاهر: خلافه.

وكذا الخلاف إذا قال المشتري للبائع: أعرتك المبيع بعد قبض المبيع عن جهة البيع، وقال البائع: بل هو محبوسٌ بأصل الثمن، وحق الحبس لا يبطل بالإعارة.

ولو اتفقا على أن الراهن أذن في القبض، وقال الراهن: لم تقبض بعد، فإن كان في يده: فالقول قوله، وإن كان في يد المرتهن: فهو المصدق به.

فرع: لو قامت بينة على الراهن بالإقباض بعد إنكاره، فقال: كذب الشهود، لم يلتفت إليه. فلو شهدوا على إقراره، فقال: صدقوا، لكنني كذبت في الإقرار، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يقبل؛ كما لو أقر في مجلس القضاء، ثم رجع. والثاني: يقبل؛ لأنه ممكن، فليتمكن من تحليف الخصم على نفي العلم بذلك. والثالث، وهو الأعدل: أنه إن قال: غلطت لوصول كتاب وكيل لي، أو أشهدت على الرسم في القبالة قبل التحقيق: فيسمع حتى يحلف الخصم. وإن قال: كذبت عمداً، فلا يسمع.

النزاع الثالث: في الجناية

إن جنى على المرهون، واعترف الجاني، وصدقه الراهن دون المرتهن: غرمه للراهن، ولم يتعلق بالأرض حق المرتهن، وإن صدقه المرتهن دون الراهن: غرم للمرتهن. فإن قضى الراهن دينه من موضع آخر: انفك الرهن، وبقي هذا مالاً لا يدعيه أحدٌ لنفسه، فهو لبית المال، أو يرد على الجاني؟ فيه خلاف.

أما إذا جنى المرهون، واعترف به المرتهن: فالقول قول الراهن.

وإذا بيع العبد في دين المرتهن: لم يكن للمجنى عليه إخراج الثمن من يد المرتهن؛ مؤاخذه له بقوله؛ لأن حق المجنى عليه لا يتعلق بالثمن إن صح البيع، وإن بطل فكمثل؛ لأن الثمن للمشتري لا للمرتهن والراهن.

أما إذا اعترف به الراهن دون المرتهن، أو قال الراهن ابتداء: رهنته بعد الجناية المستغرقة، أو كان مغصوباً أو معتقاً، ففي قبول إقراره ثلاثة أقوال كما في العتق، إذا تعارض قيام الملك وانتفاء التهمة مع تعلق حق المرتهن، ويجرى هذا الخلاف في العبد المستأجر.

والصحيح: أنه لا يجري في المبيع إذا قال: كنت أعتقته قبل البيع؛ إذا لا ملك في الحال، والصحيح: أنه لا يجري فيه إذا لم تكن الجناية مستغرقة؛ لأن التهمة قائمة.

التفريع: إن قلنا: لا يقبل إقراره فيحلف المرتهن على نفي العلم، فإن حلف فهل يغرم

الراهن للمجنى عليه؟ يبنى على قولي الغرم بالحيلولة.

وإن نكل فترد اليمين على المجنى عليه، أو الراهن؟ فيه قولان:

إن قلنا: على المجنى عليه، فإن حلف: استحق عليه، ولم يغرم الراهن للمرتهن؛ لأنه أبطل حق نفسه بنكوله، وإن نكل فات المرتهن به، ولم يغرم الراهن للمجنى عليه شيئاً؛ لأنه أبطل حق نفسه بنكوله.

وإن قلنا: ترد على الراهن: فإن حلف سلم للمجنى عليه، وإن نكل فهل للمجنى عليه أن يحلف له ويقول: ليس لك أن تبطل حقي بنكولك؟ فيه قولان.
ووجه المنع: أن يمين الرد قد انتهت نهايتها بنكول المردود عليه أعنى الرهن.
وإن قلنا: يقبل إقراره، فهل للمرتهن تخليفه؟ وجهان: ووجه المنع: أنه أقر على ملك نفسه.

فإن قلنا: لا يحلف، فقد تبينا بطلان الرهن؛ تصديقاً له، فليس للمرتهن إلا الخيار في البيع الذي شرط فيه الرهن، إن كان قد شرط.

وكذلك إن قلنا: إنه يحلف، فحلف. وإن نكل المقر: حلف المرتهن، وفي نتيجة حلفه قولان: أحدهما: تقرير العبد في يده. والثاني: أن يغرم له الراهن.

فإن قلنا: بالغرم، فهل يثبت له خيار الفسخ في البيع المشروط فيه، ولم يسلم عين العبد المشروط وإنما يسلم قيمته؟ فيه وجهان.

ووجه منع الخيار: أنه يجعل بإقراره متلفاً بعد الإقباض وغارماً، وذلك لا يوجب الخيار.

فإن قيل: فلو أقر الراهن بالاستيلاد؟ قلنا: يثبت حرية الولد والنسب، وفي أمية الولد ما ذكرناه في العتق، وزيد هاهنا أمر، وهو أنها لو أتت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الرهن كان كدعوى العتق قبل الرهن، وإن كان لأكثر فلا؛ لأنه يحتمل تراخيه عن الرهن فلا يقبل، فهو كما لو اعترف باستيلاد ومتراح، فإن قلنا: لا ينفذ استيلاده إذا صدق، فلا كلام، وإن قلنا: ينفذ، ففي إقراره وجهان، مأخذه: إقرار المبذر بإتلاف أو طلاق؛ لأنه أقر بما ينفذ لو أنشأه، ولكنه ممنوع من إنشائه شرعاً.

التزاع الرابع: فيما يفك الرهن

وفيه أربعة فروع: الأول: إذا كان المرتهن أذن في بيع الرهن، وباع الراهن، ورجع المرتهن وادعى أنه رجع قبل بيعه، وقال الراهن: بل رجعت بعد البيع، فالأظهر: أن القول

قوله؛ فإن الأصل عدم الرجوع، ويعارضه أن الأصل عدم البيع؛ فيبقى أن الأصل استمرار الرهن.

وقيل: إن القول قول الراهن؛ إذا المرتهن اعترف بالإذن والبيع، ويدعى رجوعاً سابقاً والأصل عدمه.

الثاني: لو سلم إلى المرتهن ألفاً به رهن، وله على الرهن ألفاً آخر لا رهن به، فتنازعا وقال الراهن: سلمته عن جهة الرهن فانفك، فالقول قوله؛ لأن يختلف بنيته وهو أعرف به، والعبرة بنيته حتى لو ظن المرتهن أنه أودعه وهو قصد قضاء الدين، حصل الملك دون قصد التمليك.

ولو قال المؤدى: ما قصدت شيئاً، فوجهان:

أحدهما: التوزيع على الدينين. والثاني: أنه يقال له: الآن ينبغي أن تنوى ما تريد. وكذا الخلاف في الوكيل عن جهة مستحقين، إذا قبض ثم اختلفوا في الجهة.

الثالث: إذا باع العدل المرهون بالإذن وادعى تسليم الثمن إلى المرتهن، فالقول قول المرتهن؛ لأنه ليس أمينه إلا في حفظ المرهون؛ فلا يلزمه تصديقه في الثمن الذي هو بذل المرهون، ولا يجوز صرفه إلى المرتهن إلا بإذن الراهن.

ثم للمرتهن مطالبة من شاء من العدل والراهن، فإن ضمن العدل: لم يرجع على الراهن؛ لأنه مظلومٌ بزعمه، ولا يرجع إلا على من ظلمه.

الرابع: إذا تنازعا في عيب المرهون أنه قديمٌ يثبت خيار الفسخ في البيع المشروط فيه، أم حادث؟ القول قول الراهن؛ إذ الأصل عدم العيب، ولذلك كان القول قول البائع في مثل هذه الصورة.

ولو قال المرتهن: أقبضتني العصور المرهون بعد انقلابه خمراً، وقال الراهن: بل قبله ولا فسخ لك، فقولان: أحدهما: أن الأصل بقاء الخلاوة.

والثاني: أن الأصل عدم القبض الصحيح، والراهن يدعيه، وهذا يلتفت على أن المدعى هو الذى يحكى، وسكوته وهو المرتهن هاهنا، أو من يدعى خلاف الظاهر، وهو الراهن هاهنا؟ وفيه قولان. وهذا تنازعٌ بالحقيقة يرجع إلى العقد والقبض، فليلحق بالقسم الأول.

كتاب التفليس^(١)

والتفليس: أن يجعل من عليه الدين مقلساً يبيع ماله، ومهما التمس الغرماء الحجر عليه بديونهم الحالة الزائدة على قدر ماله: فللقاضى الحجر عليه وبيع ماله فى حقهم.

فإن قيل: فلو كانت الديون مؤجلة؟ قلنا: لا؛ لأنه لا مطالبة فى الحال.

والصحيح: أن الديون المؤجلة لا تحل بالحجر على المفلس ولا بالجنون، وإن كانت تحل بالموت.

فإن قيل: فإن لم تكن الديون على المال؟ قلنا: فى المساواة للمال وجهان، وفى المقاربة للمساواة، وهى ناقصة، وجهان مرتبان، وإن لم تقارب فلا حجر عليه بخلاف الميت، فإن الورثة يمنعون من التركة وإن لم يستغرق الدين، نظراً للميت.

فإن قيل: فلو التمس بعض الغرماء؟ قلنا: إن زاد دينه على قدر المال: أجيب، وإن ساوى أو قارب فعلى الخلاف.

ولو التمس المفلس بنفسه دون الغرماء ففى إيجابه وجهان، أشبههما بالحديث: أنه يجاب؛ إذ حجر رسول الله ﷺ على معاذ بالتماسه، وأبو حنيفة لم ير هذا الحجر.

ومعتمدنا: حجره، عليه السلام، على معاذ^(٢)، وقول عمر، رضى الله عنه، فى

(١) التفليس: هو مصدر فليته أى نسبته إلى الإفلاس، والمفلس شرعاً من يزيد دينه على موجوده سمي مفلساً لأنه صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير إشارة إلى أنه صار لا يملك إلا أدنى الأموال وهى الفلوس أو سمي بذلك لأنه لا يمنع التصرف إلا فى الشيء التافه كالفلوس لأنهم ما كانوا يتعاملون بها إلا فى الأشياء الخطيرة أو أنه صار إلى حالة لا يملك فيها فلساً فعلى هذا فالهمزة فى أفلس للسلب. انظر: نيل الأوطار (٢١٤/٥)، المعجم الوسيط (٧٠٠/٢).

(٢) الحديث عن كعب بن مالك أن النبى ﷺ «حجر على معاذ ماله وباعه فى ديس كان عليه» أخرجه الحاكم (٤٨، ٥٨/٢).

وعن عبد الرحمن بن كعب، من طريق ابن وهب، ومن طريق هشام، ومن طريق الزهري مراسلاً وموصولاً مثله أخرجه: البيهقى (٤٨، ٥٠/٦)، والدارقطنى (٢٣٠/٤). قال الشوكانى: حديث كعب أخرجه أيضاً البيهقى والحاكم وصححه ومرسل عبد الرحمن بن كعب أخرجه أيضاً أبو داود وعبد الرزاق قال عبد الحق: المرسل أصح، وقال ابن الطلاع فى الأحكام: هو حديث ثابت وقد أخرج الحديث الطبرانى ويشهد له ما عند مسلم وغيره من حديث أبى =

خطبته: «ألا إن أسيفع أسيفع جهينة، رضى من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج فادان معرضاً فأصبح وقد رين به، فمن كان عليه دين فليأتنا غداً، فإننا بايعو ماله غداً وقاضو دينه، فمن كان له عليه دين فليحضر»^(١).

ثم دين الغرماء ينقسم إلى ما يكون عن ثمن مبيع والمبيع قائم، وإلى ما يكون عن غيره.

القسم الأول من الكتاب

فيما إذا لم يكن من ثمن مبيع، أو كان ولكن المبيع هالك

فالنظر في ثلاثة أحكام: فيما امتنع من التصرفات بالحجر، وفي بيع ماله، وفي حبسه.

الحكم الأول: التصرف المحجور فيه

وهو كل تصرف، مبتدأ، يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر.

ففيه ثلاثة قيود:

الأول: ما يصادف المال: احترز به عن التصرف في البضع جلباً بالنكاح، وإزالة بالخلع.

وفي الدم استيفاء بالقصاص، وإسقاطاً بالعفو، وفي النسب إثباتاً بالاستلحاق، وإسقاطاً باللعان. وفي المال الجديد باجتماع باحتطاب، أو احتشاش، أو اتهاب، أو قبول وصية أو شراء على المذهب الأصح، فكل ذلك لا حجر فيه.

وكذلك لو أقر بما يوجب عليه قصاصاً أو أرشاً: قبل منه، ويواخذ منه بالأرض بعد فك الحجر لا من هذا المال.

= سعيد. انتهى. نيل الأوطار (٢٤٥/٥) قلت: أما حديث أبي سعيد فمن طريق بكر بن الأشجع عن عياش بن عبد الله عن أبي سعيد الخدري أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله ﷺ في ثمر ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاءً بدينه، فقال رسول الله ﷺ: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك» أخرجه مسلم (١٥٥٦)، وأحمد (٣٦/٣)، وأبو داود (٣٤٦٩)، والترمذي (٣/٤٤)، والسنائي (٢٦٥/٧)، وابن ماجه (٢٣٥٦)، وابن الجارود في المنتقى (١٠٢٧)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣٦٠/٢)، والحاكم (٤١/٢)، والبيهقي (٥٠/٦)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. (١) ذكر هذا الأثر: ابن حجر في تلخيص الخبير (١٢٣٩)، وأخرجه مالك (٥٩٠/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٩/٦)، وفي معرفة الآثار والسنن (١١٨٥٣).

ولو أقر في عين مال بأنه مقصوب أو وديعة عنده، ذكر الشافعي، رضى الله عنه، في القديم قولين، ووجه القبول: نفي التهمة وكونه أهلاً للإقرار.

فقال المحققون: يجب طرد هذا في الإقرار بالدين، حتى يقضى من المال مع سائر الغرماء أيضاً لنفي التهمة، وإلا فلا فرق.

وأما ما يصادف عين المال، كالعتق، والبيع، والهبة، والرهن، والكتابة: كل ذلك فاسد ولا يخرج ذلك على عتق الراهن؛ لأن هذا الحجر لم ينشأ إلا للمنع من مثله مقصوداً، فإن في تنفيذه تضييع الحقوق.

ثم لو فضل العبد المعتق أو المبيع، أو أبرأ عن الدين: ففي تنفيذ العتق قولان، وفي البيع قولان مرتبان، وأولى بأن لا يقبل الوقف.

ووجه التنفيذ: أن البيع صدر من أهله وصادف محله، وكنا نظنه دافعاً لحق لا سبيل إلى دفعه، والآن تبين أنه لم يحصل به دفع محذور.

وفائدة هذا القول: أنا ما دمنا نجد سبيلاً إلى قضاء الدين من موضع آخر: نفعل، فإن لم نجد: صرفنا إليه المبيع، ثم المكاتب، ثم المعتق فنجعله آخرها، وهذا الترتيب مستحق على هذا القول.

القيد الثاني: قولنا: المال الموجود عند الحجر: احتزنا به عما تجدد بإرث أو باحتطاب، أو وصية، أو اتهاب، أو شراء إذا صححنا الشراء، ففي تعدى الحجر إليه وجهان: فمن قائل: المقصود الحجر عليه في نفسه.

ومن قائل يقول: المقصود الحجر في المال، وهذا لم يكن موجوداً.

ثم إذا صححنا الشراء، فهل للبائع التعلق بعين المبيع، وقد أنشأ البيع في حال الحجر والإفلاس؟ فيه ثلاثة أوجه:

يفرق في الثالث بين أن يعلم إفلاسه أو لا يعلم، والظاهر: أنه إذا كان جاهلاً ثبت الخيار.

فإن قلنا: لا يثبت الخيار؛ لأن هذا الحجر لم يضرب لأجله، بل ضرب قبله، ففي الثمن وجهان:

أحدهما: يصبر ولا يضارب به؛ فإنه دين جديد، والمال لا يصرف إلى دين جديد.

والثاني: أنه يضارب؛ لأنه أدخل في ملكه شيئاً جديداً بدينه الجديد، وسائر الديون الجديدة من مهر نكاحه، وضمائنه، وغيره لا تقضى من ماله، إلا ما هو من مصلحة الحجر، كأجرة الكيال والحمال، فإنها تقدم على سائر حقوق الغرماء.

القيد الثالث: قولنا: مبتدأ: احترزنا به عن مسألتين:

إحدهما: أنه لو اشترى به شيئاً ووجد به عيباً وكانت الغبطة في رده: فنه ذلك، وليس للغرماء منعه؛ لأن سبب استحقاقه قد سبق.

ولو تعذر الرد بعيب حادث: استحق الأرش، ولا ينفذ إبرأؤه كما لا ينفذ في سائر الديون؛ لأنه إبطال حق الغرماء، ولو أمكن رده ولكنه مع العيب يساوى أضعاف الثمن: فليس له الرد؛ لأنه تقويت من غير غرض.

فلذلك ليس لولي الطفل في مثل هذه الصورة الرد، ثم لا يطالب بالأرش؛ فإن الرد ممكن في حقه، وإنما وقع الامتناع مع الإمكان للمصلحة.

الثانية: إذا اشترى بشرط الخيار ثلاثة أيام فحجر عليه قبل مضي المدة:

قال الشافعي، رضى الله عنه: له الفسخ والإجازة دون الغرماء؛ لأنه ليس بمستحدث. فمن الأصحاب من وافق هذا الإطلاق ولم يشترط عليه رعاية الغبطة. ومنهم من قال: يفرع على أقوال الملك، فحيث كان بالفسخ أو الإجازة مزيل الملك: فلا يجوز إلا بشرط الغبطة، كما في الرد بالعيب.

وحيث يكون جالب ملك لا مزيلاً فلا حجر عليه؛ إذ ليس عليه الاكتساب والتحصيل، ومن أطلق علل بأن الملك لم يثبت بعد، فهو في الابتداء بخلاف الرد بالعيب.

فرعان: الأول: أنه لو كان له على غيره دين، فأنكر، فرد اليمين عليه فنكل، أو كان له شاهد ولم يحلف: فليس للغريم أن يحلف؛ إذ لا حق له على غيره من عليه الدين، ونص الشافعي، رضى الله عنه، على القولين في نكول الوارث، أن الغريم هل يحلف؟.

فمنهم من خرج هاهنا قولاً، ووجهه: أنه لا يطل حق الغريم بالإبراء، فكذا بالنكول.

ومنهم من فرق بأن الوارث ليس يدعى الدين لنفسه، فهو والغريم سواء في أنهما يدعيان للميت، والميت عاجز، وأما هاهنا المستحق حي، فاليمين من غير المستحق مع نكوله بعيد.

وكذلك الأصح: أن الغريم هاهنا لا يتدعى بالدعوى على الإنسان بأن للمفلس عليه حقاً، بخلاف الميت.

وقال الشيخ أبو محمد: إذا قلنا: يحلف، لا يبعد أن يدعى ابتداء به.

الثاني: لو أراد من عليه الدين سفرًا: منعه من له دين حال، ومن له دين مؤجل: فلا، بل يلزمه إن أراد مطالبته عند حلول الأجل.

وفي سفر للغزو خلاف؛ لأن المصير إلى الهلاك الذي هو سبب الحلول، وهو بعيد، ولو طالب صاحب الدين كفيلاً أو إشهداً: لم يلزمه، وفي لزوم الإشهاد وجه بعيد.

وفي سماع الدعوى بالدين المؤجل خلاف، وكذا بالدين الحال مع الاعتراف بالإفلاس، وكذا بالدين على العبد، وكذا دعوى المستولدة الاستيلاء على المبيع قبل أن تعرض على البيع.

الحكم الثاني: بيع مال المفلس وقسمته

وللقاضي ذلك بشرط رعاية الغبطة والمصلحة، فيبيع بثمن المثل، ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، ويأدر إلى بيع الحيوان، ولا يطول مدة الحجر، ويبيع بحضور المفلس فهو أبعد عن التهمة، وربما يطلع المفلس على زبون يشتري بزيادة. ويجمع أثمان السلع؛ ليقسم على نسبة الديون دفعة واحدة، فإن لم يصبروا قسم كل ما يحصل.

ولا يكف الغرماء حجة على أن لا غريم سواهم؛ اكتفاءً بأنه لو كان لظهر مخ استفادة الحجر، فلو ظهر غريم بدين قديم: لم ينقض القسمة، بل رجع على كل غريم بما يقتضيه التوزيع.

ولو خرج مبيع مستحقاً: رجع المشتري بالثمن على الغرماء وتقدم بمقداره، لا بطريق المضاربة، فإن بيع ماله من مصلحة الحجر، ولا يرغب الناس فيه، ما لم يثقوا بضمان الدرك على الكمال.

ثم لا يبيع جميع ماله، بل ينفق عليه مدة الحجر وعلى زوجته وأقاربه، ويترك له عند البيع نفقة يومه، وكذا لزوجته وأقاربه ولم يلحق بالمعسر في إسقاط نفقة القريب عنه في هذا اليوم، ويترك له دست ثوب يليق بمنصبه، حتى الطيلسان والخف إن كان حطه عنه يخرق مروءته.

وكذلك لو مات قدم تكفينه وتجهيزه، فإنه حاجة وقته، ثم يقتصر على ثوب واحد، أم لا بد له من ثلاثة أثواب؟ فيه خلاف ذكرناه في الجنائز.

والمذهب: أنه يباع مسكنه وخادمه، ونص في الكفارات على أنه يعدل إلى الصوم. وإن وجد خادماً ومسكناً، ففيل: يطرد القولين نقلاً وتخريجاً.

وقيل بالفرق من حيث إن حق الله مبنى على المساهلة، وأن الكفارة لها بدل. وقيل أيضاً: يباع الخادم دون المسكن، ثم يقتصر على ما يليق في المسكن، وما يترك له إذا كان موجوداً في يده، يشتري له إذا لم يكن، ثم لا يستكسب في أداء الديون بإجارته، خلافاً لأحمد بن حنبل رحمه الله.

وقال مالك: إذا كان مثله يؤاجر نفسه كلف ذلك. وفي إجارة مستولده وجهان، وكذا إجارة ما وقف عليه.

فإن قلنا: يفعل ذلك، فالحجر يدوم إلى الوفاء بتمام الديون؛ لأن ذلك لا مرد له.

ثم إذا اعترف الغرماء بأن لا مال له سوى ما قسم، فهل ينفك الحجر، أم يحتاج إلى فك القاضى؛ خيفة غريم آخر يظهر؟ فيه وجهان.

وكذا الخلاف لو تطابقوا على رفع الحجر عنه، ومنه يتشعب خلاف في أنه لو لم يكن له إلا غريم واحد، فباع ماله منه بالدين الذى عليه؟.

قال صاحب التلخيص: يصح، إذ الحق لا يعدوهما، وفيه رفع الحجر بسقوط الدين. وقال أبو زيد: لا يصح؛ فربما يكون له غريم آخر.

قال الشيخ أبو على: لو باع بإذن الغريم من أجنبى، أو باعه من الغريم لا بالدين: لم يصح وفاقاً؛ لأنه ليس فيه رفع الحجر.

قال إمام الحرمين: يحتمل أن يقال: يصح؛ إذ الحق لا يعدوهما.

الحكم الثالث: حبسه إلى ثبوت إعساره

فإذا قسم ما وجد من ماله وبقي بعض الدين، أو ادعى على من لا مال له ظاهراً واعترف: فيحبس، فإن ظهر للقاضى عناده في إخفاء المال، يترقى إلى تعزيره بما لا يزيد في كل نوبة على الحد، فإن أقام بينة على الإعسار، خلى في الحال وأنظر إلى ميسرة.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا تسمع بينة الإعسار إلا بعد مضي أربعين يوماً، أو

شهرين في رواية. ثم ليشهد من يخبر بواطن أحواله، فإنه يشهد على النفس، فإذا قال الشاهد: خبرت بواطن أحواله، كفى ذلك؛ فإنه عدل فيصدق فيه، كما في أصل الشهادة، وكذا الشهادة على أن لا وارث سوى الحاضر.

ثم للغيرم أن يحلفه مع الشاهد، فلعل له مალًا لا يطلع الشاهد عليه، فإن قال: لست أطلب يمينه، لم يحلف. وإن سكت، فالقاضي هل يحلفه، ثم يخليه من الحبس؟ أو يخليه دون التحليف؟ فيه وجهان.

فمن قال: يحلفه جعل ذلك من آداب القضاء، وأما إذا عجز عن إقامة بينة الإعسار، فإن عهد له من قبل يسار فلا يغنيه إلا البينة، وإن لم يعهد قط موسرًا، فثلاثة أوجه: أحدهما: القول قوله؛ إذ الأصل الفقر، واليسار طارئ. والثاني: لا؛ إذ الغالب على الحر القدرة.

والثالث: أن الدين إن لزمه باختياره، فالظاهر: أنه لم يلتزم إلا مع القدرة، وإلا فالقول قوله.

التفريع: إن قلنا: القول قوله، فيقبل بيمينه على البدار، وكان يحتمل هاهنا توقف، كما قال أبو حنيفة في الشهود.

وإن قلنا: لا يقبل، فلو كان غريبًا فتخليد الحبس عليه إضرار، فللقاضي أن يوكل به شاهدين يستخبران عن منشئه ومولده ومنقلبه، ويحصل لهما غلبة ظن في إعساره بقرينة حاله فيشهدان على الإعسار.

فرع: في حبس الوالدين في دين الولد وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه تعذيب وعقوبة، والولد لا يستحق عقوبةً على والديه، وهذا ضعيف؛ لأن المقصود منه الإرهاق إلى قضاء الحق، ومنعه يؤدي إلى أن يعترف الوالد بالدين ويمتنع عن الأداء مع اليسار، ويعجز عن استيفائه.

فإن قيل: يلزم إلى أن يؤدي؟ قلنا: إن لم يمنع عن ترده في حاجاته مع الملازمة فهو تعذيب للملازم، ولا يجدى شيئًا. وإن منع من التردد إلى أن يقضى الدين فلا معنى للحبس إلا هذا والسجان هو الملازم.

القسم الثاني من الكتاب

فيما إذا كانت الديون لازمةً من أثمان السلع وهي قائمة

فللبائع الرجوع في عين متاعه؛ لقوله ﷺ: «من مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق

بمتاعه إذا وجده بعينه^(١)، وقال أبو حنيفة: لا يثبت الرجوع.

وضبط المذهب: أن يقدر استيفاء كمال العوض الحال المستحق في معاوضة محضة سابقة على الحجر بسبب إفلاس المستحق عليه، يثبت الرجوع على الفور إلى عين المعوض إذا كان قائماً بحاله. والضبط مقيد بقيود لا بد من بيانها:

القيد الأول: التعذر: وهو مؤثر، فإنه لو قدر على استيفاء كمال الثمن بعد الإفلاس؛ لتحدد مال، أو لكون المال مساوياً للديون: فلا رجوع له.

ولو قال الغرماء: نخذ تمام الثمن بعد الإفلاس فنحن نقدمك به: ثبت الرجوع؛ لأنه ربما لا يتقصد منهم، ويحذر ظهور غريم آخر لا يرضى به، فالتعذر حاصل.

(١) الحديث من أصح ألفاظه هذا اللفظ، وهو عن أبي هريرة مرفوعاً «لما أنفس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره» أخرجه: البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩/٢٢)، ومالك (٦٧٨/٢)، وأبو داود (٣٥١٩)، والترمذي (١٢٦٢)، والنسائي (٣١٢، ٣١١/٧)، وابن ماجه (٢٣٦٠)، وأحمد (٢٥٨/٢)، والدارمي (٢٦٢/٢)، والبيهقي (١٠٧)، وابن الجارود في المنتقى (٦٣٠)، والبيهقي (٤٤/٦)، وأبو نعيم (٣٦١/٥)، وأخرجه من طرق أخرى مسلم (ح) (١٥٥٩، ٢٥/٢٤٦)، والبيهقي (٤٦/٦).

وأيضاً عن أبي هريرة مرفوعاً من طريق ابن أبي ذئب بلفظ «لما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» هذا اللفظ أورده المصنف، وأخرجه أبو داود (٣٥٢٣)، وابن ماجه (٢٣٦٠)، والطيالسي (١٣٨٥)، والشافعي (١٦٣/٢)، وابن الجارود (٦٣٤)، والبيهقي (٤٦/٦)، والحاكم (٥٠، ٥١/٢)، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذه اللفظة، ووافقه الذهبي.

وعن أبي هريرة من طريق إسماعيل بن عياش مرفوعاً، بلفظ: «لما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء». أخرجه أبو داود (٣٥٢٢)، وابن الجارود (٦٣٢)، والدارقطني (٣٠/٣)، والبيهقي (٤٦/٦).

وعن أبي هريرة أيضاً من طريق إسماعيل، عن موسى بن عقبة، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، بلفظ: «لما رجل باع سلعة بعينها عند رجل وقد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له، وإن كان قبض من ثمنها، فهو أسوة للغرماء». أخرجه ابن ماجه (٢٣٥٩)، وابن الجارود (٦٣١)، والدارقطني (٣٠، ٢٩/٣)، والبيهقي (٤٧/٦)، ومن طريق اليمان بن عدى، ثنا الزبيدي محمد بن عبد الرحمن، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه، اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض، فهو أسوة للغرماء». أخرجه ابن ماجه (٢٣٦١)، والدارقطني (٣٠/٣)، والبيهقي (٤٨/٦).

وروى نحوه مرسلًا: مالك (٦٧٨/٢)، وأبو داود (٣٥٢٠)، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام.

أما الحال: فقد احترزنا به عن المؤجل، فلا رجوع به، إذ الرجوع ينبنى على تعذر الثمن، والتعذر ينبنى على توجه الطلب، ولم يتوجه الطلب.

ومنهم من قال: يثبت الفسخ، ولكن يقرر المبيع ويتوقف إلى أن يحل الأجل فيسلم إليه، ولا يفتقر إلى استئناف حجر بسببه.

وفيه وجه آخر: أن الدين يحل كما يحل بالموت والجنون، فهو كالتدين الحالة، وهو بعيد.

ثم إذا قلنا: لا فسخ، فلو صرف المبيع إلى حقوق الغرماء: فلا كلام. وإن حل الأجل قبل أن يتفق الصرف إليهم: ففي ثبوت خيار الفسخ الآن وجهان، والأصح: ثبوته، كما لو حل قبل الحجر.

وفي الفسخ بعد الحجر إذا حل الدين قبل الحجر، وجه ضعيف: أنه لا يثبت، من حيث إن البيع لم يقتض حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً في العقد.

أما قولنا: المستحق في معاوضة محضة، احترزنا به عن النكاح والخلع، والصلح عن الدم، فإن تعذر العوض فيه لا يوجب الفسخ وجوباً به الإجارة والسلم.

فإذا تعذر المسلم فيه بإفلاس المسلم إليه رجع المسلم إلى رأس المال إن كان باقياً بعينه، وإلا ضارب بقيمة المسلم فيه، فما يسلم له بالقسمة يشتري به جنس حقه ويسلم إليه إذ الاعتياض غير ممكن عنه.

فلو سلم إليه مائة درهم، فصار يوجد المسلم فيه بكماله بعشرة لانخفاض الأسعار: فعلى وجه: يشتري له بالعشرة كمال حقه، والباقي يسترد.

وعلى وجه: لا يسلم له كمال حقه، كما لم يسلم للباقيين، فيقدر كأن القيمة كانت كذلك في حال القسمة، فما يفضل منه يرد إلى الباقيين، وهو القياس.

وفي الإجارة إذا أفلس المكترى بالأجرة، فمصادفة المكري عين الدار أو الدابة المكراة كمصادفته عين ملكه؛ فيفسخ العقد فيه؛ لأن محل المنفعة قائم مقام المنفعة.

وفيه وجه: أن المنفعة ليست عيناً حتى يقال: وجد عين متاعه، وهو ضعيف.

ثم إن كان مكترى الدابة في أثناء الطريق حيث أفلس فلا يضيعه، بل ينقله إلى مأمن بأجرة المثل، ويقدم بها على الغرماء، ولا يلزمه النقل إلى مقصده.

وكذلك لو كان أرضاً فزرعها فليس له قلع زرعها، بل يبقى الزرع بأجرة المثل، ويقدم بها على الغرماء؛ لأن فيه مصلحة مال الغرماء وهو الزرع، وليس هو كما لو باع الأرض ورجع فيها بعد زراعة المشتري، فإنه يلزمه تبقية الزرع بغير أجرة؛ لأن المنفعة غير مقصودة في البيع، بخلاف الإجارة.

وفيه أيضاً وجه منقول عن ابن سريج: أنه يطالب بالأجرة، كما لو بقى الغراس والبناء.

أما إذا أفلس المكري والإجارة واردة على عين الدابة أو الدار: فالمكري يستوفي المنفعة فإن حقه تعلق بالعين. فيتقدم به ولا يتراخى عن المرتهن، ثم يباع في حق الغرماء في الحال إذا قلنا: الإجارة لا تمنع البيع، وإن قلنا: تمنع، فيؤخر بيعه كما يؤخر بيع المرهون.

أما إذا أورد الإجارة في الدواب على الذمة: فليس له إلا الرجوع إلى الأجرة إن قام بعينها، أو المضاربة بقيمة المنفعة، فإن كانت المنفعة لا تنجز كالقسارة في ثوب واحد، وكالحمل إلى بلد يؤدي تقطيعه إلى أن يبقى في الطريق ضائعاً، فله الفسخ بهذا العذر، ليضارب بالأجرة.

أما قولنا: سابقة على الحجر: احترزنا به عما يجري سبب لزومه بعد الحجر، كما إذا باع من المفلس المحجور عليه؛ في أنه هل يتعلق بعين متاعه؟ وقد ذكرنا ذلك.

وكذلك لو أفلس المكري والدار في يد المكترى فانهدمت: ثبت له الرجوع إلى الأجرة، وهل يزاحم به الغرماء؟ فيه وجهان:

منهم من قال: لا؛ فإنه دين جديد. ومنهم من قال: بلى؛ لأن سببه سابق، وهو الإجارة.

وكذلك لو باع جارية بعبد فتلفت الجارية في يد المفلس المحجور فرد بائعها العبد بعيب، فله طلب قيمة الجارية قطعاً؛ لأنه أدخل في مقابلتها عبداً في يد الغرماء، ولكن هل يتقدم بالقيمة، أم يضارب بها؟ ذكر القاضي وجهين، والأصح: المضاربة.

أما قولنا: بسبب إفلاس المستحق عليه: احترزنا به عن الامتناع مع القدرة، فذاك لا يثبت الرجوع؛ لأن السلطان قادر على استيفائه، فليس التعذر محققاً.

وفيه وجه آخر: أنه يثبت، ولو كان بانقطاع جنس الثمن، فإن جوزنا الاعتياض عنه

فلا تعذر، وإن منعنا فثبت الرجوع؛ لأنه تعذر محقق، فكان فى معنى الإفلاس، وهو كإنقطاع المسلم فيه؛ فإنه يثبت الرجوع إلى رأس المال.

أما قولنا: إنه يثبت الرجوع على الفور: احترزنا فيه عن التأخير، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل به كالرد بالعيب، فإنه لدفع ضرار.

والثاني: أنه على التراخي؛ لأنه نتيجة توجه الطلب بالثمن، فما دام الطلب قائماً كان الرجوع ثابتاً، كمطالبة المرأة فى الإيلاء بالطلاق.

أما قولنا: إذا كان قائماً: احترزنا به عن الهالك والخارج عن ملكه، فإن تعذر الرجوع فيه فلا يبقى إلا المضاربة بالثمن؛ لأنه لا فائدة فى الفسخ، إذ لو أمكن تقديمه بالقيمة لقدم بالثمن، وإذا لم يكن بد من المضاربة فالثمن أولى ما يضارب به.

وفيه وجه آخر: إذا كانت القيمة زائدة على الثمن فله الفسخ ليضارب بها، أما إذا زال الملك ثم عاد فهو مبنى على القولين فى أنه كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد.

وإذا تعلق بالمبيع حق لازم، كالرهن والكتابة فهو كفوات العين، ولكن لو كان فزال فلا أثر لما مضى، فهو قى الحال واجد عين ماله.

أما قولنا: بحاله: احترزنا به عن تغير المبيع، وهو منقسم إلى: التغير بالنقصان، وإلى التغير بالزيادة، أما النقصان فينقسم إلى: نقصان صفة، ونقصان عين.

أما نقصان الصفة: إن حصل بأفة سماوية، فالبائع إما أن يقنع بعيه، أو يضارب مع الغرماء بالثمن، كما لو تعيب المبيع فى يد البائع قبل القبض.

وإن تعيب بجنابة أجنبى فيرجع إلى الباقي فيضارب بقسطه من الثمن، ولا يطالب بالأرض؛ إذ ربما يكون الأرض مثل القيمة بأن يكون الجحاني قد قطع يديه فغرم كمال قيمته، وذلك يعتبر فى حق المشتري دون البائع.

وإن كان بجنابة المشتري فطريقان: منهم من قال: جنايته كجنابة الأجنبى. ومنهم من قال: بل كالآفة السماوية.

أما النقصان بفوات البعض، كما لو تلف أحد العبدین وقيمتها على التساوى: فالنص أنه يرجع إلى الباقي ويضارب بثمان التالف.

وقيل: إنه إن أراد الرجوع فليأخذ الباقي بكل الثمن؛ احترازاً عن تفريق الصفقة.

ولو باع عبدين بمائة وقبض خمسين، وتلف أحد العبدین وقيمتها على التساوى: فالنص أنه يرجع إلى الباقي، ويحصر المقبوض في التالف.

وفيه قول مخرج: أنا نشيع فنقول: يرجع إلى نصف الباقي، ويضارب بنصف ثمن التالف، وما قبض موزع عليهما جميعاً.

فروع: اشترى بعشرة دراهم أرطال زيتاً وأغلاه حتى عاد إلى ثمانية أرطال، ورجعت القيمة إلى سبعة دراهم: فهو نقصان صفة؛ لزوال الثقل، أو نقصان عين؛ لفوات بعض المعقود عليه؟ فيه وجهان.

أما التغير بالزيادة: فالزيادة تنقسم إلى ما حصلت من عينه، وإلى ما اتصل به من خارج.

أما الحاصل من عينه: فما هو متصل من كل وجه، كالسمن وكبر الشجرة: فلا حكم لها، ويسلم ذلك مجاناً للبائع، ولا أثر للزيادة المتصلة إلا في الصداق.

والمنفصلة من كل وجه: كالولد المنفصل، والثمرة المنفصلة لا أثر لها أيضاً، بل تسلم للمشتري ويرجع البائع إلى الأصل.

وفي البذر إذا زرعه المشتري حتى نبت، والبيض إذا تفرخ في يده، والعصير إذا انقلب حمراً، ثم انقلب خلا: خلاف أنه يجعل كزيادة عينية كما في الغصب، أم يجعل موجوداً متجداً ويقال: المبيع قد عدم، وهذا غيره؟

أما الزيادة المتصلة من وجه دون وجه: فهو الحمل، فإن كان مجتناً عند البيع والرجوع: التحق بالسمن، وإن كان مجتناً حالة البيع منفصلاً حالة الرجوع، فقولان:

أحدهما: أنه يسلم للمشتري؛ لأنها زيادة حدثت بالانفصال، ولا حكم لوجوده قبله.

والثاني: أن الحمل كان موجوداً، وإنما الانفصال نمو وتغير حال، وإن كان حائلاً عند البيع وحاملاً عند الرجوع، فالظاهر: أن الحمل يتبع في الرجوع، كما في البيع.

وفيه وجه: أنه يبقى على ملك المشتري؛ لأنه زيادة حادثة على ملكه، والثمرة مادامت غير مؤبرة فهي كالحمل المجتن، ولكن الثمرة أولى بأن يعطى لها حكم الاستقلال.

فروع أربعة: الأول: إذا كان الولد منفصلاً، ففى رجوعه فى الأم دون الولد تفريق بينهما، فقيه وجهان:

أحدهما: أنه مخير بين المضاربة بالثمن أو أن يبذل قيمة الولد؛ ليرجع فى عين الأم، فإن لم يبذل فهو كالفارق عين ماله؛ إذ تعلق به حق لازم للولد ليس يمكن قطعه عنه. والثانى: أنه لا يجعل به فارقاً، بل تباع الأم والولد ويخصص بقيمة الأم.

الثانى: إذا قال البائع: رجعت فى الأشجار المبيعة قبل التأبير فرجع الثمار إلى وكذبه المفلس، فالقول قوله؛ إذ الأصل استمرار ملك المفلس، فإن صدقه الغرماء لم يقبل قولهم على المفلس، وللمفلس أن يأخذ الثمار ويحبرهم على القبول من جهة دينه، فإن أبوا وزعموا أنه حرام لم يمكنوا منه، بل عليهم القبول أو الإبراء. ثم إن قبلوا فللبائع الاسترداد منهم؛ مواخذة لهم بقولهم، وكذا السيد إذا حمل إليه العبد النجوم فى الكتابة، فقال: هو مغصوب؛ لأن قوله لا يقبل على المكاتب.

فلو قالوا: أخذنا حقوقنا، فله الإجارة؛ ليجعل فك الحجر عن نفسه، فله فيه غرض.

فإن قالوا: فككنا الحجر، وقلنا: إنه ينفك بفكهم، فيبنى على أن مستحق الدين هل يجبر على القبول؟ ولو صدقه البعض وكذبه البعض، فنصرف الثمرة إلى من صدق المفلس؛ كيلا يودى إلى الضرر، فإن هذا ممكن.

فلو كان للمصدق ألف وقد أخذ الثمرة بخمسائة، وللمكذب أيضاً ألف وقد بقى من المال خمسمائة، فالصحيح: أنه يقسم بينهما أثلاثاً.

وفيه وجه: أن المصدق يقول: ما أخذته فهو حرام بزعمك على، فألفى باق كماله بزعمك فأساويك، وهو ضعيف.

الثالث: إذا بقى الثمار للمشتري، فليس للبائع منعه من الإبقاء إلى أوان الجذاذ، فكذا لا يقلع زرعه فلو قال المفلس: أقلعه لأقضى دينى بما يشتري به وأفك الحجر عن نفسى، فله ذلك لأنه عرض صحيح، وإن كان الحجر لا ينفك فهو ممنوع؛ لأنه إضاعة مال من غير فائدة.

الرابع: أنه إذا كان الرجوع يقتضى عود الثمار إليه، ولكن كانت الثمار قد تلفت فيرجع بحصة الثمار من الثمن مضاربة، ويرجع فى عين الشجرة، وتعرف حصته بالتوزيع على القيمة، ويعتبر فى الثمرة أقل القيمة فى يوم العقد إلى القبض؛ تقيلاً للواجب عليه،

فإنه إن كان يوم العقد أقل فلم يدخل ما تناوله العقد فى ضمانه، وإن كان أكثر فهو زيادة على ملكه.

وفى الشجرة وجهان: أحدهما: أنه يعتبر أكثر القيمتين من العقد إلى القبض؛ لأن فيه أيضاً تقليل الواجب على المشتري، وعليه ما سبق.

والثانى، ذكره القاضى: أنه يعتبر الأقل؛ لأنه إن كان قيمة يوم العقد أقل، فما زاد بعده عاد إليه بعود الشجرة، فهى زيادة متصلة تسلم له مجاناً، فلا يحتسب عليه، وللزيادة المتصلة مراتب إن تلفت لا يطلب البائع قيمتها، وإن بقيت فاز بها البائع مجاناً، ولا يطالب بقيمته، وإن كان بتقدير قيمته تختلف قيمة غيره، فهل يحتسب عليه؟ فيه هذا الخلاف.

أما الزيادة المتصلة بالمبيع من خارج فثلاثة أقسام: عين محض، وأثر محض، وما هو عين من وجه ووصف من وجه.

أما العين المحض: هو أن يبنى فى الأرض أو يغرس فيها، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن المتغير به كالمفقود، إذ يودى رجوعه إلى الإضرار بالمشتري، والثانى: أنه واجد عين ماله ولكن لا يرجع فيه، بل يباع ويفوز بقيمة الأرض، دون البناء والغراس.

والأصح هو الثالث: أنه يرجع فى عين الأرض ويتخير فى الغراس بين أن يملك ببدل، أو ينقض ويغرم الأرض، أو يبقى بأجرة ورأيه فى التعيين متبع.

هذا إذا كانت الزيادة قابلة للتمييز، فإن لم تقبل، كما لو خلط مكيلة زيت بمكيلة من عنده، فإن كان ما عنده أردأ، أو من جنسه: فالبائع يرجع إلى مكيله ويقسم بينهما، فإن نقص وصفه فهو عيب حصل بفعل المشتري. وإن كان ما عنده أجود فقولان: أحدهما: الرجوع، كالصورة الأولى.

والثانى: هو فاقده؛ لأن فى رجوعه إضراراً بالمشتري، أو تناقضاً فى كيفية الرجوع.

ومن الأصحاب من طرد قولاً فى منع الرجوع فى الخلط بالجنس، وهو خلاف النص.

فإن قلنا: يرجع، فقولان: أحدهما: أنه يباع الجميع ويوزع عليهما على نسبة قيمة ملكيهما.

والثاني: أنه يقسم الزيت بنفسه على نسبة القيمة، حتى أنه لو كان مكيلة البائع تساوى درهماً، ومكيلة المشتري تساوى درهمين فللمشتري مكيلة وثلاث، وللبائع ثلثا مكيلة، وهذا فيه محذور من باب الربا، وفي البيع اعتراف بالعجز عن الرجوع عن العين. وطرد ابن سريج القولين في تفصيل الرجوع في الخلط بالأردأ.

وكان الشافعي، رضى الله عنه، يميل إلى صيانة جانب المشتري ولا يبالى بنقصان في جانب البائع. وابن سريج يسوى بينهما.

وإن خلط الزيت بالشيرج، فالصحيح: أنه فاقد عين ملكه؛ لأنه انقلب الجنس به.

القسم الثاني: ماهو وصف من وجه وعين من وجه: كما لو صبغ الثوب بصبغ من عنده، فإن لم يزد في قيمة الثوب فإن البائع يرجع بالثوب، وإن زادت القيمة فهو شريك بالقدر الذى زاد، فإن كان قيمة الصبغ درهماً وقيمة الثوب عشرة، فصار بالصبغ يساوى خمسة عشر: فللمشتري منه قدر درهم، وللبائع منه قدر عشرة، والأربعة حصلت بالصنعة على الثوب لا على الصبغ؛ لأن الصبغ تبع، فينبى على أن الصنعة يسلك بها مسلك الأثر أم العين؟ كما سيأتى.

القسم الثالث: الأثر المحض: كما لو طحن الحنطة، وراض الدابة، وقصر الثوب، وعلم العبد حرفاً، ففيه قولان: أحدهما: أن له حكم العين، كما فى الصبغ وقد سبق حكمه.

والثاني: أنه أثر لا قيمة له، كما إذا صدر من الغاصب فى المغصوب، بخلاف الصبغ فإنه عين، والفرق ظاهر من حيث إن عمل المشتري محترم، وقد حصل وصفاً يستأجر عليه ببذل المال فكان متقوماً، وفعل الغاصب عدوان لا يقوم، بخلاف صبغه.

فعلى هذا نجعل القسارة كالصبغ، ويوزع الثمن عند بيع الثوب عليهما باعتبار قيمتهما، وإن تضاعفت القيمة فيضاعف حق كل واحد منهما. وإن ارتفع قيمة الثوب دون القسارة كان الزائد حق البائع دون المشتري.

فرع: لو استأجر أجيراً للقسارة وأفلس قبل أداء الأجرة والثوب باق: فإن قلنا: إن القسارة أثر فليس للأجير إلا المضاربة، وإن قلنا: إنه عين، فله حق حبس الثوب.

فإن كان قيمة الثوب عشرة، وقيمة القسارة خمسة، والأجرة درهم فيختص البائع بعشرة والأجير بدرهم، ويصرف أربعة إلى سائر الغرماء.

ولو كانت الأجرة خمسة، وقيمة القسارة درهماً: فإن البائع يختص بعشرة، وصرف الدرهم الزائد إلى الأجير، وله المضاربة بالأربعة الباقية، هكذا نص الشافعي، رضى الله عنه، ولم يحكم بأن الأجير وجد عين متاعه، وهو القسارة، فيفسخ ويقنع بها، زادت القيمة أو نقصت.

ومن الأصحاب من قضى بذلك طرداً لقياس تنزيله منزلة العين من كل وجه، وهو خلاف النص فإنه لا يمكن إلحاقه بالعين من كل وجه، ولكن لم ير الشافعي، رضى الله عنه، تعطيل حق المشتري، ولحاصله أيضاً حق حبس ووثيقة فيه وهو الأجير. فأما أن يجعل عين سلعة حتى يفسخ العقد فيها فهو بعيد.

* * *

كتاب الحجر^(١)

أسباب الحجر خمسة: الصبي، والجنون، والرق، والفلس وقد ذكرناها، والتبذير وهو عبارة عن الفسق مع صرف المال إلى وجه ليس فيه غرض صحيح ديني أو دنيوي. وأبو حنيفة، رحمه الله، خالفنا في هذا الحجر، وفي حجر المفلس، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في السبب

وهو يتصل نارة بالصبي، وتارة يطرأ بعد البلوغ. فإن اتصل بالصبي بأن بلغ الصبي غير رشيد، اطرود حجر الصبي، ويكفى لدوام الحجر أحد المعنيين، وهو الفسق أو الإسراف في المال؛ لأن كل واحد ينافي اسم الرشيد، وقد قال الله تعالى ﴿فإن أستم منهم رشداً﴾ [النساء: ٦].

وإن طرأ بعد أن بلغ رشيداً فلا بد من مجموع الأمرين، فإن طرأ التبذير بأن كان يصرف المال إلى ملذذ الأطعمة على وجه لا يليق به اقتضى الحجر.

ثم في عود الحجر أو الحاجة إلى إعادة القاضى وجهان، أظهرهما: الحاجة إلى الإعادة، فإنه يدرك بضرب من الاجتهاد.

ولو طرأ بمجرد الفسق أو بمجرد التبذير، بأن كان يصرف المال إلى ملاذ الأطعمة على وجه لا يليق به: ففي اقتضائه الحجر وجهان.

والمذهب: أنه لا يقتضيه، بخلاف ما لو اتصل بالصبي، لأن الحجر ثم مستيقن فلا يرفع إلا بيقين.

ولا يتيقن الرشيد مع الفسق، والإطلاق هاهنا مستيقن، فلا يعاد الحجر إلا بيقين. وليس من الإسراف أولاً صرف المال إلى وجوه الخيرات، فلا سرف في الخير.

ثم ولي المبذر والمجنون أبوه أو جده، إن اتصل الجنون والتبذير بالصبي، وإن عاد بعد زوال ولاية الولي، فوجهان:

أحدهما: أنه من كان في حالة الصغر. والثاني: أنه القاضى؛ لأنه صار مستقلاً بنفسه

(١) حجره بحجره: حجراً مثلثة، وحجرانا بالضم والكسر: منعه، وحجر عليه القاضى في ماله: منعه من أن يتصرف فيه ويفسده، فهو حاجر، وذاك محجور عليه.

واصطلاحاً: المنع من التصرفات المالية. انظر: الصحاح (٦، ٣/٢)، المصباح المنير (١٩٠/١)، لسان العرب (٧٨٢/٢)، نهاية المحتاج (٣٥٣/٤).

فلم يكن تبعاً لأصله. ومهما عرف رشده قبل البلوغ، فبلغ: انفك الحجر بمجرد البلوغ.
وأسباب البلوغ أربعة:

الأول: السن، وهو خمس عشرة سنة في الغلام والجارية. وقال أبو حنيفة: ثمان عشرة سنة، وفي رواية اقتصر في الجارية على سبع عشرة سنة.
ومعتمدنا ما روى الدارقطني أنه قال عليه السلام: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة، كتب ماله وما عليه، وأقيمت عليه الحدود»^(١).

الثاني: الاحتلام، ويصدق فيه الصبي؛ إذ لا يمكن فيه المعرفة إلا بقوله، وفي احتلام الصبية وجهان، لخفاء خروج الماء منها في الغالب.

فقبل: أقيم الحيض مقام ذلك في حقها. ثم قال الأصحاب: إذا احتلمت، وإن لم يحكم ببلوغها، أمرناها بالاغتسال كما نأمرها بالوضوء من الحدث، وكما إذا احتلمت بعد البلوغ.

الثالث: الحيض في حق النساء.

الرابع: نجات العانة في حق صبيان الكفار:

إذ أمر، عليه السلام، بالكشف عن مؤثرهم، وكان يقتل من أنبت منهم^(٢). وفي تعرف ذلك في صبيان المسلمين خلاف، والأظهر: أنه لا يتبع؛ إذ هي أمانة تعلقنا بها للعجز عن معرفة سنهم واحتلامهم إلا بقولهم، ثم لاشك أن بقول الوجه وإنبات الإبط أبلغ في الدلالة، وأما انفراق الأرنبة، ونهود الثدي وبحوكة الصوت: فلا تعويل عليه.
فرع: الخنثى إذا احتلم بفرج الرجال، أو حاض بفرج النساء: لم يحكم ببلوغه؛ للاحتمال، فإن اجتمع الأمران فوجهان:

أحدهما: لا؛ لتعارض الأمر في العلامة؛ إذ كل واحد أسقط حكم الآخر. والثاني: أنه الأصح يقضى ببلوغه، ويبقى الإشكال في الذكورة والأنوثة، وينقدح ظاهراً أن يحكم بالبلوغ بأحدهما، كما نحكم بالذكورة والأنوثة بأحدهما؛ بناء على ظن غالب، ثم ننقض ذلك الظن إن ظهر نقيضه.

(١) أورده السيوطي في جمع الجوامع (١٢١٢)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٢٤١)، والشوكاني في نيل الأوطار (٣٤٩/٥)، وعزاه لليهقي عن أنس، قال: قال في التلخيص: وسنده ضعيف.

(٢) هذا من حديث عطية، قال: عرضنا على النبي عليه السلام يوم قريظة، فكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلى سبيله، وكنت ممن لم ينبت، فخلى سبيلي. وفي لفظ: «فمن كان محتلماً أو أنبت عانته قتل، ومن لا ترك». أخرجه ابن أبي شيبة (٥٣٩/١٢)، والنسائي (١٥٥/٦).

الفصل الثانى: فيما ينفذ من التصرفات وما لا ينفذ

والضبط فيه: أن كل ما كان لا يدخل تحت حجر الولى فى حق الصبى، كالطلاق، والظهار، والخلع، واستلحاق النسب، والإقرار بما يوجب القصاص أو الحد مما لا يتعلق بالمال مقصوداً: فهو مستقل به لأنه مكلف والمقتضى للحجر صيانة ماله، وذلك لا يقتضى الحجر فى هذه التصرفات.

وما يتعلق بالمال ينظر فيه، فما هو مظنة الضرر: هو مسلوب الاستقلال فيه، كال تبرعات، والبيع، والشراء، والإقرار بالدين.

ولو عين له الولى تصرفاً، أو وكله أجنبى: ففى سلب عبارته خلاف، والظاهر: صحة عبارته، كما فى الطلاق وغيره.

وقيل: إنه مسلوب العبارة؛ لأن الحجر قد اطرء فى المال فلم يؤثر البلوغ فيه، وكذلك فى العبارة المتعلقة به.

ومنهم من قال: تصح عبارته فى النكاح دون الأموال، وعلى العبارة يخرج قبوله الهبة والوصية؛ فإنه لا ضرر فيه. فأما تديره ووصيته، ففيه قولان مرتبان على الصبى، وأولى بالنفوذ.

فروع ثلاثة: الأول: لو أقر بإتلاف مال الغير، فيه وجهان:

القياس: المنع كالصبى. والثانى: أنه يقبل؛ لأنه مكلف قادر على الإتلاف، فليقدر على الإقرار.

الثانى: بيع الاختيار الذى يتلى به، الصحيح: فساد إن جرى قبل البلوغ، وإنما المراد الامتحان بمقدمات البيع، ثم مهما امتحن فبلغ: انفك أيضاً الحجر لمجرد البلوغ من غير حاجة إلى إنشاء الفك.

ولو بلغ غير رشيد ثم صار رشيداً، فالأظهر: أنه يتفك أيضاً من غير حاجة إلى إنشاء الفك.

الثالث: لو أحرم بالحج: انعقد إحرامه، ثم إن كان عن فرض إسلامه، هياً الولى أسبابه والأمتعة من الزاد والراحلة، ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنه كالمحصر، فيتحلل. والآخر: أنه كالمفلس، لا يتحلل إلا بقاء البيت.

كتاب الصلح^(١)

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في الصحيح والفاقد

والصلح عند الشافعي، رضى الله عنه، ليس عقدًا مخالفًا للبيع أو للهبة، ولكنه إن كان معاوضة فهو بيع يصح بلفظ البيع، ويصح البيع بلفظه.

واستثنى صاحب التلخيص الصلح عن أرش الجنائيات، فقال: لا يصح بلفظ البيع. واستثنى بعض الأصحاب البيع ابتداءً من غير تقدم خصومة، فقالوا: لا يصح بلفظ الصلح فلا يطلق لفظ الصلح إلا بعد تقدم خصومة، فلا يحسن أن يقال لصاحب المتاع: صالحني عن متاعك على كذا.

أما استثناء صاحب التلخيص فقد استدرك الشيخ أبو على عليه وقال: هو بيع دين، ويجوز أن يستعمل فيه لفظ البيع إن كان معلوم القدر والصفة.

ولا يجوز لفظ الصلح أيضًا إن كان مجهول القدر والصفة، وإن كان معلوم القدر مجهول الصفة، كإبل الدية، ففي جواز بيعه بطريق الاعتياض عنه وجهان بلفظ الصلح والبيع جميعًا.

نعم، لو قلنا: موجب العمد القود المحض، فالمصالحة عنه على مال جائز، ولا يصح إطلاق لفظ البيع فيه.

وأما استثناء الأصحاب، وهو إطلاق لفظ الصلح ابتداءً أيضًا، يخالف فيه بعض الأصحاب أيضًا، وقالوا: إنه جائز، فتحصلنا فيه على وجهين.

الاستثناء الثالث: أن يصالح على بعض المدعى، فالظاهر صحته، ويكون هبة للبعض

(١) (الصلح): إنهاء الخصومة، والصلح: إنهاء حالة الحرب؛ والصلح: السلم. وقد يوصف بالمصدر، فيقال: هو صلح لي، وهم لنا صلح: مصالحون.

قال الجوهري: والاسم: الصلح، يذكر ويؤنث، وقد اصطلاحا وصالحا واصلحا مشدد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها.

واصطلاحًا: عقد يحصل به قطع النزاع.

انظر: المعجم الوسيط (١/٥٢٠)، لسان العرب (٤/٢٤٧٩)، مغني المحتاج (٢/١٧٧).

فيؤدى معنى الهبة، ولفظ البيع لا يحصل به هذا الغرض، فصلح الخطيطة^(١) بلفظ البيع باطل.

ومن الأصحاب من حكى عنه أن الشيخ أبا على منع هذا؛ لأنه ينبى عن المعاوضة، أعنى لفظ الصلح، ولا معاوضة هاهنا.

هذا إذا صالح عن عين، فإن صالح عن دين، نظر: فإن صالح عن دين آخر فلا بد من التسليم فى المجلس؛ فإنه بيع كالى بكالى. وإن صالح على عين وسلم فى المجلس: صح، وإن لم يسلم، فالأظهر: الصحة؛ لأنه عين. وفيه وجه يجرى ذلك فى لفظ البيع.

وصلح الخطيطة فى الدين بمعنى الإبراء عن البعض صحيح، ولكن فى افتقاره إلى القبول خلاف، كما فى الإبراء بلفظ الهبة.

فرع: لو صالح من ألف حال على مؤجل: فهو باطل؛ لأنه وعد محض لا يلزم، ومن المؤجل على الحال وعد من الجانب الآخر، وكذا من الصحيح على المكسر، ومن المكسر على الصحيح.

ولو صالح من ألف صحيح على خمسمائة مكسر، كان إبراء عن خمسمائة ووعداً من الباقي، وكذا عن ألف حال على خمسمائة مؤجلة، فإما عن ألف مؤجل على خمسمائة حالة، أو عن ألف مكسر على خمسمائة صحيحة: ففاسد؛ لأنه نزل عن قدر للحصول على وصف زائد، فهو فاسد ولا يصح نزوله؛ إذ لم يسلم له ما طمع فيه.

ولو اعتاض عن ألفى درهم له عليه ألفا درهم وخمسين ديناراً، فالأصح: صحته ويجعل مستوفياً للألف ومعتاضاً عن الباقي خمسين ديناراً.

وفيه وجه آخر: أنه مسألة مد عجوة؛ لأن لفظ الصلح للمعاوضة. هذا كله فى الصلح على الإقرار. فأما الصلح على الإنكار: فهو باطل عند الشافعى، رضى الله عنه، إن جرى مع المدعى عليه على عين أخرى.

وفى صلح الخطيطة على الإنكار، وجهان:

ووجه الصحة: أنه بمعنى الهبة والإبراء، وذلك ليس يستدعى عوضاً، فإذا سلم له البعض واتفقا على أنه ملكه؛ إذ يملكه يزعم المدعى عليه بكونه هبة، وبزعم المدعى بكونه

(١) (الخطيطة): ما يُحطُّ من جملة الحساب فينقص منه. جمع: خطائط. وسيأتى فى كلام المصنف المعنى الاصطلاحي، انظر: المعجم الوسيط (١/١٨٢).

مستحقاً: لم يبق إلا الخلاف في الجهة.

وهذا كله إذا قال المدعى عليه: صالحني عن دعواك، أو صالحني مطلقاً. فلو قال: بعني الدار، فهو إقرار.

ولو قال: صالحني عن الدار، فهل يجعل إقراراً ليصح الصلح على الإقرار؟ فوجهان، الظاهر: أنه ليس بمقر.

أما الصلح على الإنكار مع الأجنبي، إن قال الأجنبي: هو مقر وأنا وكيله: صح لتقار المتعاقدين.

وإن قال: هو منكر ولكنني أعرف أنك محق، وإنما أصالح له، فوجهان، ينظر في أحدهما إلى إقرار متعاطي العقد، وفي الثاني إلى من يقع العقد له.

فإن كان المدعى ديناً، فوجهان مرتبان، وأولى بالجواز؛ لأنه مستقل بقضاء دين غيره دون قوله، فلا يؤثر إنكاره فيه.

فرعان: أحدهما: لو قال الأجنبي: أنت محق، وأنا اشتريه لنفسى فإني قادر على الانتزاع من يده، ففي صحة شرائه وجهان، وجه المنع: أن الشرع يمنعه من الانتزاع؛ فإن ظاهر اليد يدل على أن ذلك له، والعجز الشرعي كالعجز الحسي.

الثاني: إذا أسلم على عشرة نسوة، ومات قبل البيان: فالميراث موقوف بينهن. ويصح الاصطلاح على عين التركة، ويكون التفاوت فيه محمولاً على المسامحة والهبة، وذلك محتمل وإن كان مجهولاً للضرورة.

ولو جرى على غير التركة لم يجز؛ لأن من أخذ عوضاً فلا بد وأن يثبت له ملك في معوض.

الباب الثاني: في التزام على الأملاك

والنظر فيه يتعلق بالطرق، والجدار الحائل بين المالكين، والسقف الحائل بين السفلى والعلو.

أما الطرق والشوارع: لا يتعلق بها الاستحقاق.

الطرق: وهي المواضع التي ألفت شوارع في البلاد والصحارى، ومبداها في البلاد: أن يجعل الإنسان ملك نفسه شوارع، أو يتفق الملاك في الأحياء على فتح أبواب الدور إلى صوب واحد.

فلو انفرد بالتصرف فى الشوارع بفتح باب إليه لم يكن: جاز، وكذا لو أخرج جناحاً لا يضر بالمارة؛ لأن الهواء بقى على أصل الإباحة، والاختصاص بالأرض للشروع، فليوضع الجناح إلى حيث لا يمنع المحمل مع الكنيسة.

وأبعد مبعدون فقالوا: إلى أن لا يمنع الرمح المنسوب فى يد فارس.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: وإن فعل ذلك فلاحد المسلمين المنع، وإن لم يمنع فله الاعتماد على السكوت.

أما التصرف فى أرض الشوارع بنصب دكة، أو غرس شجرة حيث لا يصيب على المارة، فيه وجهان:

قال القاضى: الشوارع كالموات فيما عدا الطرود، فلا يمنع إلا مما يبطل الطرود.

وقال آخرون: بل تعين الأرض للطرود فلا تصرف إلى غيره، فالزقاق قد يتضايق فيؤدى إلى الضرر.

أما السكة المنسدة الأسفل: فهى كالشوارع عند العراقيين، وهو بعيد؛ إذ يلزم عليه أن يجوز أن يفتح إليها باب وإن لم يكن، وفيه ضرر حاضر، وتجويزه بعيد والمراوزة قالوا: هو ملك مشترك بين السكان.

ومن هو فى أعلى السكة، هل هو شريك فيما دون باب داره إلى أسفل السكة؟

فيه وجهان من حيث إنه قد يدور فى جميع السكة لأغراضه، فعلى هذا يمنع إحداث زيادة انتفاع لم تكن إلا برضاء الشركاء، فإن رضوا فهو إعارة ولهم الرجوع.

فمن فتح باباً جديداً، أو أشرع جناحاً فلمن تحته الاعتراض، وفيمن فوقه وجهان.

ولو سد الباب القديم، وفتح باباً جديداً أقرب إلى باب الدرب: فلا منع منه، وإن ترك ذلك الباب فوجهان من حيث إنه قد يجتمع الدواب والناس على الباب الآخر، فكانه زيادة انتفاع.

وكذا الخلاف إذا فتح إلى داره باب دار أخرى ملاصقة له كان بابها إلى الشارع، فإنه يكاد يكون زيادة فى الانتفاع، فأما فتح الكوة للاستضاءة: فلا منع منه.

وأما الجدار الحائل: إن كان ملك واحد، فليس للآخر التصرف فيه إلا بإذنه، فإن استأذن فى وضع جذع عليه فليس عليه الإجابة إن تضرر.

وإن لم يتضرر، فالجديد: أنه لا يجب، وهو القياس.

والقديم: وجوبه؛ لقوله، عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنع جاره من أن يضع خشبة على جداره»^(١). ولعله تأكيد للاستحباب.

التفريع: إذا لم يوجب، فلو رضى فهو إعارة، فلو انهدم الجدار، فالظاهر: انفساح الإعارة، فيفتقر إلى إعادتها. وإن رجع قبل الانهدام فله ذلك، وفائدته: التسلط على النقض بشرط أن يغرم الأرض إذا بنى بإذنه.

وقال القاضي: فائدته: المطالبة بالأجرة في المستقبل، فإن الطرف الآخر فى الملك الخالص للمستعير، فلا يمكنه أن ينقص ذلك.

أما الجدار المشترك: فالنظر فى الانتفاع، والقسمة، والعمارة.

أما الانتفاع: فلا يجوز إلا بعد التراضى، كسائر الأملاك المشتركة، وأما الاستناد إليه ففى المنع منه تردد؛ لأنه عناد محض.

أما القسمة: فحائزة بالتراضى فى الطول والعرض جميعاً، ثم لا يتصرف كل واحد بما يضر بصاحبه؛ لأن الأملاك متلاصقة، ولا يجبر على قسمة الجدار فى كل الطول ونصف العرض؛ لأنه لا يسلط على الانتفاع بوضع الجذوع، ولأن القرعة قد تخرج على نقيض المراد.

وقال صاحب التقریب: لا قرعة، بل يتعين لكل واحد جانبه، أما فى جميع العرض

(١) للحديث ألفاظ كثيرة لم أجد فيها الجزء الأول الذى أورده المصنف.

فعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع جارٌ جاره أن يغرز خشبة فى جداره» أخرجه البخارى (٥٦٢٨، ٥٦٢٧، ٢٤٦٣)، وأحمد (٤٨٠/٣)، والطبرانى (٤٤٧/١٩)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٤٥/٣)، والمتقى فى كنز العمال (٢٤٩٤٠)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٢٩٩٤)، والعراقى فى المغنى عن حمل الأسفار (٢١٤/٢)، وابن حجر أيضاً فى فتح البارى (١١٠/٥).

وعن أبى هريرة أيضاً مرفوعاً بلفظ: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره» أخرجه مسلم (١٦٠٩/١٣٦)، وابن ماجه (٢٣٣٦، ٢٣٣٧).

وروى بلفظ: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة» أخرجه: أحمد (٢٢٧، ٢٧٤/٢)، والبيهقى (٦٩، ٦٨/٦)، والدارقطنى (٢٢٨/٤)، والزبيدى فى إتحاف السادة المتقين (٣١٠/٦)، والطحاوى فى مشكل الآثار (١٥٢/٣)، والمتقى فى كنز العمال (٢٤٩٤٦)، والعراقى فى المغنى عن حمل الأسفار (٢١٤/٢)، وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٩٠٥/٣).

وبعض الطول فالإجبار عليه يبنى على المعنيين فإن الانتفاع يتعذر للاتصال، ولكن القرعة لا تتعذر.

أما الأساس: فلا مانع من الإجبار على قسمته إلا أمر القرعة، وفي مذهب صاحب التقریب ما يدفع عسره.

أما العمارة: فإذا استرم الجدار، فهل لأحد الشريكين أن يجبر الآخر على العمارة؟ فيه قولان: أحدهما وهو القديم: بلى؛ للمصلحة، حذاراً من تعطيل الأملاك. والجديد: لا؛ لأنه ربما يتضرر هو بصرف ماله إلى العمارة، إذا كان لا يتفرغ له فالضرر متقابل، فعلى هذا ليس له منع الشريك إلا من الاستبداد بالعمارة؛ لأنه عناد محض.

وكذا الخلاف في أن صاحب العلو هل له أن يجبر صاحب السفلى على إعادته لينبى عليه علوه؟ ولا خلاف في أن لصاحب العلو الاستبداد ببناء السفلى، وإن كان متصرفاً في ملك غيره، دفعاً للضرر.

فروع ثلاثة: أحدها: الجدار المشترك، إن أعاده أحدهما فالنقض المشترك عاد مشتركاً، ولو أعاد السفلى بالنقض الذي كان عاد ملكاً لصاحب السفلى. فلو هدمه بعد أن بناه غرم له؛ لأنه دخل في ملكه مبنياً، ولصاحب السفلى أن ينتفع به.

وكذا لو أعاد صاحب العلو ينقض نفسه، فلا يمنع صاحب السفلى من السكون في ملكه، وإن أحاط به جدران غيره.

وقال: صاحب التقریب: له أن يمنعه منه إلى أن يغرم له القيمة، وهذا يليق بالقول القديم، ثم على القول القديم لا يجبره إلا على القدر الذي يخرج عنه كونه خراباً ضائعاً، وللقاضى أن يستقرض عليه إن كان غائباً، فالشريك لو استبد بالاتفاق دون إذن القاضى، ففي رجوعه ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين أن لا يكون في البلد قاض فيكون معذوراً، أو يكون.

الثاني: لو أعاد أحد الشريكين الجدار بالنقض المشترك، بشرط أن يكون ثلثا الملك له في النقص: جاز، فكأنه جعل سلس النقص أجرة له على عمله.

ولو تعاونوا، وشرطاً التفاوت، قال الأصحاب: لا يجوز؛ لأن النقص متساو والعمل متساو.

وفيه وجه؛ إذ لأحدهما أن يتبرع بالعمل على الآخر، ويذلل للآخر على عمله الذي

صادف ملكه عوضاً من النقض، وكل ذلك يجوز بشرط أن يملك النقض دون الجدار، فإن ذلك يؤدي إلى تعليق الملك في العوض.

الثالث: من له حق إجراء الماء في أرض الغير فليس عليه العمارة إذا استرمت الأرض، وكذا إن كان من جهة الماء على الظاهر من المذهب.

أما السقف الخائل بين العلو والسفل: فلصاحب العلو الجلوس عليه، ولصاحب السفلى الاستئصال به، وإنما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفلى حق البناء على سطحه من غيره، فيبني الغير.

وقال المزني: هذا البيع باطل؛ إذ لا مبيع، وإنما هو إجارة فليؤقت، وشبه هذا بالاعتياض عن الجناح المشرع في دار الغير، فإنه ممنوع، والشافعي، رضي الله عنه، جوز أن يباع حق الملك إذا كان مقصوراً، كعين الملك في حق الممر ويجرى الماء ومسيله، وكذلك حق وضع الجدوع.

فروع: الأول: اختلفوا في أن هذا هل ينقذ بلفظ الإجارة مع ما فيه من التأيد.

الثاني: يجب عليه أن يعلم موضع البناء وقدره، وأن اللبنة في الجدار منضدة أو متحافية الأجواف، ولا حاجة، على الأظهر، إلى ذكر الوزن، فلو باع حق البناء على الأرض، فإنه لا يحتاج إلى ذكر تنضيد اللبنة أيضاً؛ لأن الأرض لا تتأثر به.

الثالث: صاحب السفلى إذا هدم السفلى غرم لصاحب العلو حق البناء ولم ينفسخ؛ لأن حكم البيع غالب على هذا العقد. فإذا أعاد السفلى استرد ما غرمه؛ إذ كان ذلك للحيلولة.

وكذا الأجير يغرم في الحال ما يشتري به حق البناء، ثم يسترد عند إعادة السفلى.

الباب الثالث: في التنازع

وفيه مسائل خمسة: الأولى: إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث زعماً أنهما شريكان فيه، فصدق أحدهما: يساهمه المكذب في القدر الذي يسلم له إن ادعى عن جهة إرث، وإن ادعى عن جهة شرائين، أو هبتين، أو جهتين مختلفتين: فلا يساهم، وإن ادعى عن جهة شراء واحد، أو هبة واحدة، فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، والثاني: بلى؛ لأن العقد اقتضى الملك في كل جزء على الشيوع؛ فعلى هذا يلتفت ما إذا باعاً عبداً مشتركاً فأخذ أحدهما

نصيبه من الثمن، هل يستبد به، أم يقال: كل جزء من الثمن فهو مشترك إلى القسمة؟.

ولا خلاف أن كل جزء من النجوم فى العبد المشترك، إذا كوتب، مشترك؛ لأن تنجيز العتق فى نصيب أحدهما مضر بالآخر.

الثانية: ادعى رجل على رجلين داراً فى يدهما، فأقر أحدهما: ثبت نصيبه. فلو: صالحه على مال وأراد المنكر أخذه بالشفعة: فله ذلك إن تعدد جهة ملكيهما.

وإن كان عن جهة إرث فلا؛ لأنه يأنكاه كذبه فى أصل الدعوى، فبطل الصلح بزعمه، وبقي الملك لشريكه، فهو مؤاخذ بقوله، وفيه وجه.

الثالثة: إذا تنازعا جداراً حائلاً بين ملكهما، فالظاهر: أنه فى يدهما، فيحكم بالشركة.

فلو اتصل طرف الجدار بجدار خالص لأحدهما اتصال ترصيف: صار هو صاحب اليد.

وكذلك لو كان على خشبة، وأصل تلك الخشبة داخل فى خالص ملك أحدهما. ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم تكن اليد له خلافاً لأبى حنيفة؛ لأنه اختصاص بزيادة انتفاع، فضاهى ما لو تنازعا داراً و هما فيها، ولأحدهما فيها أقمشة، وليس كما لو تنازعا دابة أحدهما أخذ بلجامها والآخر راكب: فإنها فى يد الراكب؛ إذ ليس ثم علامة ظاهرة للاشتراك، وهما كون الجدار حائلاً علامة ظاهرة للاشتراك، فلا يغير إلا بسبب ظاهر.

وكذلك لو كان معاهد القمط، أو الطاقات المرتبة أو الأطراف الصحيحة من اللبئات فى أحد الجانبين، فلا مبالاة بشيء من ذلك.

فرع: لو شهدت بينة لأحدهما بملك الجدار، وتنازعا فى الأس: فالمشهود له صار صاحب اليد فى الأس؛ إذ ليس الأس حائلاً بين الملكين، حتى يقال: الاشتراك فيه ظاهر، بخلاف الجدار إذا كان عليه جذع.

الرابعة: تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف: فهو بينهما؛ لأنه حائل بين ملكيهما، وهو لأحدهما أرض وللآخر سماء.

وذلك إذا كان يمكن إحداثه بعد بناء العلو بوضع أطراف الجذوع عليه فى ثقبه الجدار، فإن لم يمكن إلا قبل بناء العلو فهو متصل بالسفل اتصال ترصيف، فاليد

لصاحب السفلى، ثم إذا قضينا بالاشتراك ففى جواز التعليق لصاحب السفلى منه ثلاثة أوجه:

أحدها: الجواز؛ مكافأةً لصاحب العلوى، فإنه يستبد بالجلوس عليه. والثانى: المنع؛ لأن ذلك القدر ضرورة فى حقه. والثالث: أنه إذا افتقر إلى شق السقف بوترد لم يجر، وإلا جاز له ذلك، فإنه حقيقة المكافأة على التساوى.

الخامسة: إذا كان علوى الخان لواحد وسفله لآخر وتنازعا فى العرصة، فإن كان المرقى فى أسفل الخان: فالعرصة فى يدهما. وإن كان فى وسطه: فالعرصة إلى المرقى فى يدهما، وما تحته فيه وجهان، وكذا لو كان فى الدهليز.

أما إذا كان خارجاً: فالعرصة فى يد صاحب السفلى. ولوتنازعا فى نفس المرقى، فهو فى يد صاحب العلوى، إلا إذا كان تحته بيت لصاحب السفلى ينتفع به: فهو سقف له كما أنه مرقى لصاحب العلوى، فهو فى يدهما.

* * *

كتاب الشفعة^(١)

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: فى أركان الاستحقاق

وهى ثلاثة: المأخوذ، والآخذ، والمأخوذ منه.

الركن الأول: المأخوذ

وهو: كل عقار يجبر فيه على القسمة.

أما قولنا: عقاراً، احترزنا به عن المنقولات، فلا شفعة فيها؛ إذ لا يتأبد الضرر فيها، فلم تكن فى معنى العقار. نعم؛ يستتبع العقار الجدران والأشجار؛ لاتصالها بها على التأييد.

ولا يتعلق حق الشفعى بالثمار المؤبرة، وسواء تأبرت بعد العقد أو حال العقد، مهما كانت مؤبرة عند الآخذ. وإن لم تكن مؤبرة فقولان، سواء كانت موجودة حالة العقد أو وجدت بعده إذا بقيت عند الآخذ غير مؤبرة:

أحدهما: يأخذه الشفعى؛ لأن ما يتبع فى العقد يتبع فى الشفعة، كأغصان الشجر. والثانى: لا؛ لأن الأغصان تبقى فى معنى الثوابت بخلاف الثمار.

وأما قولنا: يجبر فيه على القسمة، احترزنا به عن الحمام، والطاحونة، والبئر التى يسقى بها النواضح إذا كانت صغيرة: فلا شفعة فيها، إذ ليس فيها ضرر مؤنة القسمة، وتضييق المرافق، وهو مناط الشفعة، ولأجله لم تثبت للحجار.

وقال ابن سريج: تثبت فيه الشفعة؛ لضرر المداخلة على التأييد. ونعنى بالمتقسم: ما تبقى منفعة بعد القسمة ولو على تضايق، فيبقى حماماً فيه وطاحونة.

وقيل: المعنى أن يبقى فيه منفعة ما، ولو للسكون. وقيل: أن تبقى تلك المنفعة من غير تضايق، كالدار الفيحاء، وعرصه الأرض. والوجهان بعيدان:

(١) (الشَّفْعَةُ): حق الجار فى تملك العقار جبراً على مشتريه بشروطه التى رسمها الفقهاء،

واصطلاحاً: حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.

انظر: للمعجم الوسيط (٤٨٧/١)، والصحاح (١٢٣٨/٣)، والمصباح المنير (٤٨٥/١)، وفتح

القدير (٣٦٨/٩)، والكافى (٤١٦/٢)

فروع ثلاثة: أحدها: من له فى الدار الصغيرة عشرها ليس له إجبار صاحبه على القسمة؛ لأنه تعنت من غير فائدة، فلا يجبر صاحب العشر على القسمة، ولصاحب الكثير غرض؟ فيه وجهان؛ فإن منع: فلا شفعة من الجانين.

الثانى: الأشجار إذا بيعت مع قرارها دون البياض المتحلل بينهما، فى ثبوت الشفعة للشريك فيها، وكذا الجدار العريض إذا بيع مع الأس، وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه بيع مع الأرض، فصار كالبائع و الدار. والثانى: لا؛ لأن الأرض فيه تبع، والمتبوع منقول، والعبرة للمتبوع لا للتابع.

الثالث: دار سفلها لواحد، وعلوها مشترك: إن كان السقف لصاحب السفلى فلا شفعة فى العلو؛ لأنه لا أرض له؛ فلا ثبات، وإن كان السقف لشركاء العلو فوجهان. ووجه المنع: أنه لا أرض له، والسقف لا ثبات له.

الركن الثانى: الآخذ

وتثبت الشفعة لكل شريك فى الدار، وإن كان كافراً، إلا إذا كانت شركته بالوقف، فإن قلنا: لا يملكه الموقوف، فلا شفعة.

وإن قلنا: يملك، فوجهان مبنيان على أنه هل يقسم الوقف والمملك؟ ولا تثبت للحار، وإن كان ملاصقاً، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يثبت للحار وإن لم يكن شريكاً.

وقيل: لشافعى، رضى الله عنه، قول مثله، وحكى عن ابن سريج، وهو غير صحيح. نعم، لو قضى حنفى لشفعوى به، فهل يحل له باطناً؟ فيه وجهان.

فروع: الشريك فى الممر إذا لم يكن شريكاً فى الدار، لا شفعة له فى الدار، وإذا بيع الممر وهو مملوك منسد الأسفل؟ فإن لم يقبل القسمة، أى لا يصلح للممر بعد القسمة، فلا شفعة على المذهب.

وإن كان ينقسم، نظر: فإن كان للمشتري فى غير المأخوذ طريق آخر إلى داره سوى الممر ثبتت الشفعة، وإن لم يكن فتلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأن فيه ضرراً بالمشتري فى غير المأخوذ بالشفعة. والثانى: أنه يثبت، لأن حق الممر تابع. والثالث: أنه إن أراد الأخذ وجب له تجويز الاختيار للمشتري جمعاً بين الحقيقين، وإن أبى ذلك فلا شفعة له.

الركن الثالث: المأخوذ منه

وهو كل من استفاد الملك اللازم بمعاوضة فى الشقص^(١) المشاع.

(١) الشَّقْصُ بكسر الشين المشددة: القطعة من الشيء، والنصيب.

(وشَقْصٌ) بفتح الشين والقاف المشددة: الذبيحة وغيرها: قطعها، ووزَّع أجزائها توزيعاً عادلاً.

أما المعاوضة: فقد احترزنا بها عن الهبة، فلا شفعة فيها، كما في الإرث؛ لأنه لا عوض حتى يؤخذ به.

وقال مالك، رحمه الله: يؤخذ بقيمته. وحوينا فيه الشقص إذا جعل أجرة في إجارة، أو صداقاً في نكاح، أو عوضاً في خلع، أو كتابة، أو صلح عن دم، أو متعة، فيؤخذ بالشفعة بقيمة مقابله؛ فإن الشرع قد قوم جميع ذلك. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يؤخذ إلا المبيع.

وقولنا: بمعاوضة احترزنا به عن الملك العائد بالإقالة والرد بالعيب، فإنه لا يؤخذ بالشفعة، كما إذ أسقط الشفيع حتى باع المشتري وعاد إليه بإقالة، فلا يتحدد الحق؛ لأن العائد هو ملك المشتري بذلك الشراء، فليس حاصلًا بخروج الثمن عن ملكه على طريق الرد.

وقولنا: لازم احترزنا به عن المبيع في زمان الخيار إذا كان الخيار للبائع لم يؤخذ؛ إذ لا سبيل إلى البائع للشفيع. وإن كان للمشتري وحده فطريقان:

أحدهما: أنه لا يؤخذ؛ لأن العقد لم يستقر بعد، وربما قلنا: لا ملك له. والثاني: أنه يخرج على القولين في أنه لو وجد به عيباً فهو أولى بالرد على البائع أو الشفيع بالأخذ؟ فيه قولان:

أحدهما: الشفيع أولى؛ لأن حقه ثابت بالعقد، ولا ضرر عليه إذا سلم له كمال الثمن. والثاني: المشتري أولى؛ إذ لا يحق للشفيع إلا بعد العقد، وربما يكون للمشتري غرض في عين ثمنه.

فإن قلنا: الشفيع أولى، فلو حضر بعد الرد ففي رده الرد وجهان: فإن قلنا: يرد، فهو بطريق تبين البطلان، أو بطريق الإنشاء في الحال؟ فيه وجهان: ويقرب من هذا أن الشقص المشفوع إذا كان صادقاً، وهم الشفيع بأخذه، فطلق الزوج قبل المسيس، قال أبو إسحاق المروزي: الزوج أولى؛ لأن سببه سابق.

وقال ابن الحداد: لو أفلس مشتري المشفوع بالثمن، فالشفيع أولى بالأخذ من البائع بالرجوع.

فقال الأصحاب: هما جوابان متناقضان، ففي المسألتين للشيخين وجهان. فإن قلنا في مسألة الإفلاس: الشفيع أولى، فالبائع هل يختص بالثمن؟ فيه وجهان. واحتيار ابن

الحداد: أنه يضارب؛ لأن حقه قد بطل.

فروع عشرة: الأول: إذا اشترى ذمي شقصاً من ذمي بخمر، وفيه لمسلم أو ذمي شركة، فلا يحكم بالشفعة؛ لأن الشراء الفاسد لا يفيد الملك، فملكه قائم.

ولو أخذ الذمي ثمن خمر وسلمه عن الجزية لم تقبله إذا رأينا ذلك، وإن لم نره واعترف به، ففيه وجهان: ووجه الجواز: أنه لا اعتماد على قولهم.

الثاني: سلم العبد عن نجوم الكتابة شقصاً، ثم رد إلى الرق، ففي بطلان حق الشفعة وجهان من حيث إنه كان عوضاً أولاً، ثم خرج عن كونه عوضاً.

الثالث: أوصى لمستولده بشقص إن خدعت أولاده شهراً، ففي الشفعة وجهان؛ لأنه مردد بين الوصية والمعاوضة.

الرابع: العبد المأذون، له الأخذ بالشفعة إن كان شريكاً؛ لأنه من التجارة، وإن عفا لم يسقط حق سيده، وإن عفا سيده لم يكن له الأخذ وإن كان بعد إحاطة الديون به.

الخامس: الوصي إن اشترى للطفل شقصاً وهو شريك فله أخذه، وإن باع فأخذ من المشتري لم يجز؛ لأنه متهم فيه، فكأنه يبيعه من نفسه، وللأب ذلك؛ لأنه يبيع من نفسه، فهذا لا يزيد عليه.

وقيل: إنه يحتمل التجويز في الموضعين؛ لأن الغبطة لا تخفى. والوكيل بالبيع، هل يأخذ ما باع بالشفعة؟ فيه وجهان: ووجه المنع: التهمة، والأصح الجواز.

السادس: يجب على الأب أن يأخذ بالشفعة لطفله إذا كان فيه مصلحة، فإن لم يفعله فعله القاضي، فإن أسقط الأب الشفعة كان للصبي الطلب بعد البلوغ. وإن بيع بشيء فيه غبطة للصبي، ففي وجوب الشراء وجهان.

والفرق: أن الشفعة تثبت، وفي الإهمال تقويت، والتقويت ممتنع وإن لم يكن الاكتساب واجباً.

السابع: إذا كان المشتري أحد الشركاء في الدار، فلا يؤخذ الجميع منه. بل يترك عليه ما كان يخصه لو لم يكن مشترئاً.

وقال ابن سريج: يؤخذ الكل؛ لأنه يؤدي إلى أن يأخذه بالشفعة من نفسه، وهو محال، والشراء لا يوجب ملكاً لازماً في المشفوع، فليؤخذ، والمذهب الأول.

الثامن: حكى القفال عن ابن سريج: أنه قال: إن عامل القراض إذا اشترى بمال القراض شقصاً، للمالك فيه شركة، فله الأخذ، ثم أنكر القفال، وقال: كيف يأخذ ملك نفسه؟ وفيه احتمال من حيث إن العامل يستحق بيعه لينض المال وفي ذلك إضرار به، فله دفع هذا الضرر، كما له دفع ضرر أصل الملك.

التاسع: إذا باع المريض شقصاً يساوى ألفين بألف من أجنبي، وثلاث ماله واف به، ولكن الشفيع وارث فلو أخذه لوصلت المحابة إليه، ولصار ذلك ذريعة: ففيه خمسة أوجه:

أحدهما: يصح، ولا يثبت الشفعة حذاراً من وصول المحابة، والشفعة على الجملة تسقط بأعذار، فهذا من جملتها. والثاني: يصح، وتثبت الشفعة، وتكون المحابة من المريض مع الأجنبي لا مع الوارث، وحسم الخيل غير ممكن.

والثالث: لا يصح البيع؛ إذ لو صح لاستحال نفى الشفعة واستحال إثباتها أيضاً، وما أدى إلى محال فهو محال.

والرابع: أن هذه الإحالة في النصف، فيصح البيع على النصف بألف، وتبطل في الباقي.

والخامس: أن الإحالة في حق الشفيع، فيأخذ النصف بألف، ويترك الباقي على المشتري.

العاشر: تساوى رجلان إلى مجلس الحكم، وهما شريكان في دار، يزعم كل واحد منهما أنه السابق في الشراء، وأنه يستحق نصيب الآخر بالشفعة: فيعرض اليمين عليهما، فإن تحالفا أو تناكلا: تساقط قولهما. وإن حلف أحدهما: أخذ نصيب الآخر.

وإن أقام كل واحد بينة، نظر إلى التاريخ، فإن أرحا يوم واحد فوجهان: أحدهما: يتساقطان، فكأن لا بينة على الآخر لأنه لا فائدة. الثاني: أنه يحكم بهما، ويقدر جريان العقدين معاً؛ فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ إذ ليس أحدهما قديماً بالإضافة إلى الآخر.

الباب الثاني: في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ منه

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فيما يحصل به الملك

ولا بد من رضا الشفيع؛ فإنه غير مجبر، ولا يشترط رضا المشتري، فإنه مقهور، ولا

يكفى قول الشفيع: أخذت وتملكت وأنا طالب، بل يحصل الملك بأمرين:

أحدهما: بذل الثمن. والآخر: تسليم المشتري الشقص إليه راضياً بذمته. فإن وجد الرضا دون تسليم الشقص والثمن، فوجهان:

أحدهما: يحصل؛ لأنه معاوضة، فبعد التراضي لا يشترط القبض. والثاني: لا؛ إذ لا عبرة برضا المشتري وهو مقهور، فلا بد من أمر زائد، وهو تسليم الشقص أو أخذ الثمن. ولو رفع الشفيع الأمر إلى القاضى وطلب وقضى له القاضى، ففى حصول الملك وجهان. ولو أشهد على الطلب، ولم يقض القاضى، فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا يحصل. ثم إن قصر فى تسليم الثمن بطل ملكه بطريق التبين له أم بطريق الانقطاع؟ فيه وجهان.

هذا إن رضى المشتري، فإن أبى إلا أخذ الثمن، فهل يبقى خيار الشفيع إلى أن يسلم الثمن؟ فيه وجهان، والأظهر: أن الملك لا يحصل بالقضاء والإشهاد.

وإن حصل، فلا يبقى الخيار، ويمتنع التصرف على المشتري وفاءً بتحصيل الملك، وعلى الأحوال كلها فللمشتري حبس الشقص إلى تسليم الثمن، بخلاف البائع فإن فيه أقوالاً؛ لأنه رضى بزوال الملك.

فرع: هل تلتحق معارضة الشفيع بالبيع فى ثبوت خيار المجلس من جانب الشفيع بعد التملك؟ فيه وجهان ذكرناهما فى أول البيع.

ووجه الفرق: أن إثبات خيار المجلس من أحد الجانبين بعيد. ولا خلاف فى أن خيار الشرط لا يثبت. وكذا الخلاف فى أن تصرف الشفيع قبل القبض وبعد التملك هل ينفذ؟

ووجه الفرق: أن ملك الشفعة كأنه ملك بناء قهرى يضاهى الإرث، بخلاف البيع. وكذا ثبوت الملك بالشفعة فيما لم ير، فيه خلاف مرتب على البيع، وأولى بالثبوت.

فإن أثبتنا الملك، فله الخيار عند الرؤية، وللمشتري الامتناع عن قبول الثمن إلى أن يراه الشفيع؛ فإنه لا يثق بالتصرف فى الثمن.

الفصل الثانى: فيما يبذل من الثمن

وفيه مسائل: الأولى: أن الشفيع يأخذ الشقص بما بذله المشتري، إن كان مثلياً فبمثله، وإن كان متقوماً فبقيمته يوم العقد ليجبر ما فات عليه إذا أخذ ما حصل له.

وإذا كان الثمن مائة من الخنطة: قال القفال والأئمة: يكال ويسلم مثله كيلاً، فإن المماثلة في الربويات بمعيار الشرع. وطرّدوا هذا في إقراض الخنطة بالورن، ومنعوه.

وقال القاضي: يكفى الوزن في مسألتنا، إذ المبذول في مقابلة الشقص وقدر الثمن معياره لا عوضه، وكذا في القرض، فإنه لو كان معاوضة لشرط التقابض في المجلس.

الثانية: اشترى شقصاً بألف إلى سنة، فثلاثة أقوال: الجديد، وهو الأصح: أن الشفيع يتخير بين أن يعجل الألف ويأخذ، أو يؤخر إلى حلول الأجل فيأخذ ويسلم بعد الحلول؛ إذ إثبات الأجل عليه يضر بالمشتري، فإنه قد لا يرضى بذمته.

وعلى هذا، إن أخر وأشهد على الطلب لم تبطل شفيعته. وإن لم يشهد فوجهان، ووجه بقاء الشفعة: أنه معذور.

ولو مات المشتري وحل عليه الدين لم يحل على الشفيع؛ لأنه حي، فهو كضامن لدين مؤجل مات المضمون عنه.

والقول الثاني حكاه حرمله: أنه يملك الشفيع بضمن في ذمته مؤجل، كما لو ملكه المشتري، ثم إن كان مليئاً، أو كان له كفيل، سلم إليه الشقص، وإلا فلا، وهو مذهب مالك. ومن الأصحاب من لم يشترط الكفيل واليسار، وقال: هو كالمشتري.

الثالث، حكاه ابن سريج: أن الشفيع يأخذ في الحال بعوض يساوى ألفاً إلى أجل، إذ التأخير إضرار، وتكليفه النقد إضرار، وتنقيص النقد عن المبلغ وقوع في الربا، فهذا هو الأقرب.

الثالثة: إذا اشترى شقصاً وسيفاً بألف، وقيمة السيف مائة، وقيمة الشقص مائتان، أخذ الشقص بثلاثي الألف، وترك السيف بالباقي، ثم لم يكن للمشتري خيار التبعض؛ لأنه دخل على بصيرة من الأمر.

ولو أنهدم الدار قبل الأخذ؟ نقل المزني: أنه يأخذ بكل الثمن، ونقل الربيع: أنه يأخذ بحصته. فاحتلف طرق الأصحاب في تنزيل النصين، والأقرب من جهة ذلك: أنه إن ارتجت الدار ولم ينفصل منها شيء فهو عيب محض، فيأخذ بكل الثمن كما يأخذ المشتري المبيع قبل القبض إذا تعيب.

وإن أنهدم نظراً، فإن فات بعض العرصه بسيل يغشاه مع بعض البناء، أخذ الباقي بحصته.

فإن كان جميع العرصة باقية، نظر، فإن تلف بعض النقض، فيبنى على أن السقف من الدار، كالكيد من العبد؟ أو كأحد العبدین فی مقابلته بقسطه من الثمن؟ فيه قولان: فإن قلنا: كالكيد، فهذا تعيب، فيأخذ بالكل، كما قاله المزني. وإن قلنا: كأحد العبدین، فيأخذ الباقي بحصته.

وإن كان النقض قائماً، فقد صار منقولاً في الدوام، ولا شفعة في المنقول، ففي بقائه في الاستصحاب قولان ذكرناهما، ويدل عليهما هذه النصوص.

فإن قلنا: يؤخذ النقض، فيؤخذ الجميع بكل الثمن، إذ يبقى الانهدام عيباً محضاً. وإن قلنا: لا يؤخذ النقض، وجعلناه كأحد العبدین، أخذ الباقي بحصته. وإن قلنا: إنه كالكيد، احتمل القولين، إذ يعد أن يفوز المشتري بشيء مجاناً. وكذا الخلاف لو تلف النقض بجنابة أجنبي وحصل الغرم للمشتري.

الرابعة: إذا اشترى الشقص بألف، ثم انحطت مائة: فللحظ أربعة أسباب:

الأول: أن يكون بإبراء البائع، فإن كان بعد اللزوم فهو مسأحة مع المشتري لا يلحق الشفيع؛ خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله. وإن كان في زمان الخيار: فالأظهر أنه يلحقه.

وقال العراقيون: يبنى على أقوال الملك، فإن قلنا: الخيار لا يمنع الملك فيصح الإبراء، وفي اللحق بالعقد والشفيع وجهان.

وإن قلنا: يمنع الملك، فلم يستحق البائع الثمن، ففي نفوذ الإبراء خلاف، فإن صح فيلحق الشفيع. والأصح: صحة الإبراء. واللحق؛ لأنه يمكنه في الابتداء أن يصير الزيادة وسيلة إلى دفع الشفعة، فيباع بأضعاف الثمن ويرأ في المجلس.

السبب الثاني: أن يجد البائع بالثمن عيباً.

فإن كان الثمن عبداً، فإن رده قبل أخذ الشفيع فهو أولى أم الشفيع؟ فيه قولان مرتبان على المشتري إذا أراد رد الشقص بالعيب.

والأولى هاهنا تقديم البائع، فإنه لا حق للشفيع عليه، ولم يسلم له العبد.

وإن وجد العيب بعد أخذ الشفيع، فالصحيح: أن الشفعة لا تنقض.

ولكن يرد العبد ويرجع إلى قيمة الشقص، فإن كان تسعمائة، أو كان ألفاً ومائة، فهل يجري التراجع من الشفيع والمشتري بالزيادة والنقصان؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الشفعة بناء على العقد، وهذا أمر حادث. والثاني: نعم، يرجع الشفيع على المشتري إن نقص، والمشتري على الشفيع إن زاد، إذ صار هذا مقام الشقص به على المشتري.

السبب الثالث: المسألة بحالها، وقد طرأ على العبد عيب حادث منع الرد، فطالب البائع المشتري بالأرش، فقد استمر بمقدار الثمن. فإن رضى بالعيب، فهل يقتصر من الشفيع بقيمة العيب؟ فيه وجهان من حيث إنه قد يظن أن هذه مسامحة مع المشتري على الخصوص.

السبب الرابع: أن يجد المشتري عيباً بالشقص:

فإن كان بعد أخذ الشفيع: فلا رد له ولا أرش؛ لأنه روج على غيره كما روج عليه، إلا أن يرد الشفيع عليه بالعيب، فعند ذلك له الرد على البائع.

فإن وجد العيب قبل أخذ الشفيع وقد حدث به عيب مانع، فاسترد الأرش، فهذا يلحق الشفيع قطعاً؛ لأنه موجب العقد في عين الشقص.

ولو تصالحا على عوض، وصحح الصلح: ففي حقوق ذلك بالشفيع وجهان؛ إذ قد يظن أنه عوض عن حق الخيار.

الخامسة: إذا اشترى بكف من الدراهم مجهولة المقدار: نص الشافعي، رضى الله عنه، على سقوط الشفعة؛ إذ الأخذ بالمجهول غير ممكن.

نعم، لو ادعى على المشتري العلم به، فيحلف على نفى العلم.

وقال ابن سريج: لا تسقط الشفعة، بل يعين الشفيع قدرًا ويحلف المشتري عليه، فإن أصر على قوله: لا أعرف، جعل ناكلاً، وحلف الشفيع.

فإن حلف على مقدار يظن أنه صدق فيه، فقد استحق. وإن حلف المشتري على أن ما عينه الشفيع هو دون ما اشتراه به، ولكنه لا يدرى قدر الزيادة، فيقال للشفيع: زد وادع، إلى أن يحلف المشتري أو ينكل، وهو كما لو ادعى ألفاً على إنسان ديناً، فقال المدعى عليه: لا أدرى مقداره، فإنه لا يسمع، بل يجعل ناكلاً إن استمر عليه. والمذهب: الأول.

السادسة: الشفيع يسلم الثمن إلى المشتري، والمشتري إلى البائع، ولا معاملة بين الشفيع والبائع. هذا هو المذهب.

وفيه وجه: أنه يسلم إلى البائع، وكان المشتري عقد له. ولو كان المبيع في يد البائع، وتعلل المشتري به لم يكن ذلك عذراً، فإنه إذا سلم الثمن أجبر البائع على أخذ الثمن ورفع اليد.

ولو خرج الثمن مستحقاً نظراً: إن خرج ثمن العقد مستحقاً فقد بان بطلان العقد وانتفاء الشفعة. وإن خرج ثمن الشفع مستحقاً بعد أن أخذ، فإن لم يعرف الشفع فهو معذور، والقول قوله أنه لم يعرف.

ولكن، هل يتبين أنه لم يحصل ملكه بذلك الثمن، وإنما يحصل بالثاني؟ فيه وجهان. وإن عرف كونه مستحقاً، ففي بطلان شفعته بتقصيره وجهان، ووجه بقاء الحق: أنه لم يقصر في الطلب والأخذ.

ثم في تبين بطلان الملك بالثمن المستحق وجهان مرتبان. وهما أولى بأن يتبين ويقال: حصل الملك بالثمن الثاني. وتظهر فائدة ذلك في ارتفاع الملك وزيادته.

ولو خرج الثمن زيوفاً لا يطل الملك الحاصل، ولا حق الشفعة؛ لأن ذلك مما يمكن الرضاء به.

فروع: لو خرج الشقص مستحقاً بعد أن بنى فيه الشفع، نقض المستحق بناءه مجاناً.

قال القاضي: ويرجع الشفع على المشتري بأرض النقض إذا قلنا: يرجع المشتري على الغاصب؛ أخذاً من قاعدة الغرور. وفيه إشكال؛ لأن المشتري مقهور هاهنا، فكيف يحال الغرور إليه؟ ثم قد يكون جاهلاً. فإن كان مقهوراً لم ينقذ الرجوع، وإن رضى بالثمن أو طلبه: انقذ. ثم إن كان جاهلاً انقذ أن يرجع هو به على البائع، فإنه منشأ الغرور.

السابعة: أن يزيد الثمن على الشفع؛ بأن يبنى المشتري ويغرس، فليس له قلعه مجاناً، بل عليه أن يبذل قيمته، ويتملك عليه، أو ينقضه بأرض، أو يقيه بأجرة، كما يفعل المعير بالمستعير، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، فإنه قال: ينقضه مجاناً.

فأما زرعه فيقيه بغير أجرة؛ لأن أمدته معلوم، وكان المنفعة كالاستوفاة بالزراعة، فهو كما لو اشترى أرضاً مزروعة؛ إذ الشفع من المشتري كالمشتري من البائع، وفي العارية تبقى بأجرة.

وقد خرج في مسألتنا، أيضاً، منه وجه ولكنه غريب. وقد اعترض المزني على المسألة وقال: عند الشافعي، رضى الله عنه، لا يثبت شفعة الجوار، ولا يتصور البناء على

المشترك إلا بالرضا، فإن لم يكن رضا فهو عدوان منقوض.

فقال الأصحاب: يتصور بأن يقاسم الشريك المشتري على ظن أنه وكيل البائع، أو يكون غائباً فيقسم القاضى عنه، أو يكون قد وكل وكيلاً فى القسمة وهو غائب، فلا يسقط حقه بشئ من ذلك.

فإن قيل: فالشفعة لرفع ضرر مؤنة الاستقسام، وكيفما كان فقد انقطع، وهو الآن جار لا يحذر الاستقسام؟ قلنا: ذلك يعتبر حالة الاستحقاق، ودوامه حالة الأخذ لا تعتبر.

فإن قيل: فلو باع نصيبه مع الجهل بالشفعة، ففى بطلان الشفعة خلاف لانقطاع السبب عن الأخذ، فالانقطاع بالقسمة هلا كان كالانقطاع بالبيع حتى يخرج على الخلاف؟ قلنا: قطع الشافعى، رضى الله عنه، هاهنا؛ لأنه إن زالت الشركة بقى الجواز، وهو نوع اتصال كان شركة فى الابتداء، فلا ينقطع حكمها ما لم يزل تمام الاتصال، فكان الجواز يصلح للاستصحاب إن لم يصلح للابتداء.

أما تصرفات المشتري بالوقف والهبة والوصية، فكلها منقوضة. وإن باع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالثانى، أو ينقض الثانى ويأخذ بالأول.

وعن أبى إسحاق المروزى: أنه لا ينقض بيعه؛ لأن الأخذ به ممكن كما لا ينقض بناؤه محاناً.

الثامنة: إذا تنازع المشتري والشفيع: فإن تنازعا فى قدر الثمن، فالقول قول المشتري؛ لأنه أعرف به، والملك ملكه، فلا يزال إلا بحجة.

وإن أنكر المشتري كونه شريكاً، فعليه إثبات كونه شريكاً، وإلا فالقول قول المشتري يحلف على أنه لا يعلم له فى الدار شركاء، ولا يلزمه البت، بخلاف ما لو ادعى ملكاً فى يده، فإنه يجزم اليمين على نفى ملك الغير؛ لأن هذا ينزل منزلة نفى فعل الغير.

وإن أنكر المشتري الشراء، فإن كان للشفيع بينة أقامها وأخذ الشقص، والثمن يسلم إلى المشتري إن أقر، وإن أصر على الإنكار فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يبقى فى يد الشفيع. والثانى: يحفظ كما يحفظ المال الضائع. والثالث: أنه يجبر المشتري على القبول؛ حتى تبرأ ذمة الشفيع، ويحصل له الملك.

أما إذا لم يكن له بينة، وكان البائع مقراً: فاختيار المزنى: أنه تثبت الشفعة؛ لأن البائع

والشفيع متقاران على أن قرار الملك للشفيع، فلم يمتنع بقول من لا قرار للملك.

والثاني، وهو اختيار ابن سريج، ومذهب أبي حنيفة: أنه لا يثبت؛ لأنه فرع المشتري، ولا يثبت الشراء إلا بقول المشتري أو بحجة.

التفريع: إن قلنا: له الشفعة، فماذا يصنع بالثمن؟ نظر، إن قال السائق: ما قبضت الثمن، فيسلم إليه، وفي كفيته وجهان:

أحدهما: أنه يسلم إليه ابتداءً؛ لأنه الأقرب. والثاني: أنه ينصب القاضي عن المشتري نائباً، ليقبض له، ثم يسلم عن جهته إلى البائع.

وفيه إشكال؛ إذ نصب النائب عمن ينكر الحق لنفسه بعيد.

وإن قال البائع: قبضت الثمن، فوجهان: أحدهما: أنه يترك في يد الشفيع، فلعل المشتري يقر. والثاني: يحفظه القاضي، فإنه ضائع.

وقيل: إنه تسقط الشفعة إذا أقر البائع بالقبض؛ لعسر الأمر.

الفصل الثالث: في الأخذ عند نزاحم الشركاء

وله ثلاث أحوال:

الحالة الأولى: إذا توافقوا في الطلب، وزع القاضي عليهم بالسوية، فإن تفاوتت حصصهم، فقولان: أحدهما: أنه يوزع على عدد الرعوس، وهو القول القديم، وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله، والمزني.

والثاني: أنه يوزع على الحصص، وهو الجديد، وتوجيهه مذكور في الخلاف.

فروع ثلاثة: الأول: إذا مات الشفيع وخلف ابنا وبتنا، وقلنا: الشفعة على قدر الرعوس، فها هنا في التفاوت وجهان، ومأخذه: أن الوارث يأخذ بشركته الناجزة، أو يرث حق الشفعة؟ والأصح: أنه يرث ويتفاوتان للتفاوت في الإرث.

والثاني: مات رجل وخلف ابنين وداراً بينهما، فمات أحد الابنين وخلف ولدين فباع أحدهما نصيبه:

فالجديد، وهو القياس الحق: أن الشفعة يشترك فيها أخوه وعمه.

والقول القديم: أن الأخ مقدم؛ لقرب الإدلاء بالأخوة، وهو بعيد.

الثالث: إذا باع أحد الشريكين نصيبه من شخصين في صفقتين متعاقبتين، فإن

المشتري الأول شريكه عند الشراء الثانى، فهل يساهم الشريك القديم فى الشفعة مع أن حصته التى بها استحقاقه معرضة لنقض الشريك القديم؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: لا؛ لأنه ملك مزلول معرض للنقض، فكيف ينقض به غيره، وهو غير مصون عن النقض فى نفسه؟.

والثانى: نعم؛ لأنه شريك حالة الشراء، فتوقع زوال ملكه لا يمنعه من الحق. والثالث: أن الشريك القديم إن عفا عن الشفعة فى نصيبه فقد استقر ملكه، فله الأخذ، وإن كان يأخذه فلا يحسن الأخذ بالمأخوذ فى نفسه.

الحالة الثانية: أن يعفو بعض الشركاء:

نقدم عليه أن المنفرد لو عفا عن بعض حقه سقط كل حقه؛ لأن التجزئة إضرار بالمشتري، وما امتنع تجزئته فإسقاط بعضه إسقاط كله كالقصاص، وفيه وجهان غريان: أحدهما: أنه لا يسقط شئ أصلاً؛ لأن مبنى القصاص على السقوط، بخلاف الشفعة. والثانى: أنه يسقط ما أسقطه، ويبقى الباقي إن رضى به المشتري.

أما إذا عفا أحد الشركاء، فالمذهب: أن الشريك الآخر يأخذ الكل، ويسقط حق المسقط، وقيل: إنه يأخذ الثانى نصيبه. وقيل: لا يسقط نصيب الآخرين، كما فى القصاص. وقيل: لا يسقط حق المسقط. والكل بعيد.

الحالة الثالثة: إن تغيب بعض الشركاء:

فالحاضر يأخذ؛ حذاراً من التشطير على المشتري، فإذا حضر الآخر شاطر الأول، فإن حضر ثالث قاسمهما فإن آخر الأول تسليم كل الثمن، وقال: أؤخر إلى حضور الآخرين، ففى بطلان حقه وجهان.

ثم إذا أخذ الثانى من الأول لم يطالبه بالغلة للمدة الماضية؛ لأنه متملك عليه كما أن الشفيع متملك على المشتري.

فرع: لا يجوز التبعيض على المشتري مهما اتحدت صفقته، فإن تعددت الصفقة بتعدد البائع، أو بتعدد المشتري، فله أخذ مضمون أحدهما، وفيما إذا اتحد المشتري وتعدد البائع وجه: أنه لا يأخذ إلا الكل.

أما إذا اشترى شقصين من دارين، والشريك فيهما واحد، ففية وجهان:

أحدهما: يأخذ الكل؛ حذاراً من تفريق الصفقة وهي متحدة. والثاني: له الاقتصار على واحد، كما لو لم يكن شريكاً إلا في أحدهما.

الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفعة

وقد اختلف في مدته قول الشافعي، رضى الله عنه، فالصحيح، وهو الجديد: أنه على الفور؛ لقوله عليه السلام: «الشفعة كحل العقال»^(١)؛ ولأنه قريب الشبه من الرد بالعيب، فإنه نقض ملك لدفع ضرره.

والثاني، وهو الذى رواه حرملة: أنه يتمادى إلى ثلاثة أيام؛ لأن التأيد إضرار بالمشتري، وإيجاب الفور إضرار بالشفيع، فإنه قد يحتاج إلى روية، ومدة النظر فى الشرع ثلاثة أيام؛ بدليل مدة الخيار.

ويطرد هذان القولان فى قتل المرتد، وتارك الصلاة، وطلاق المولى، ونفى الولد باللعان، وفسخ الزوجة بإعسار الزوج، وخيار الأمة إذا عتقت.

والثالث: أنه على التأيد، كحق القصاص، وهذا القول لا يطرد إلا فى خيار الأمة. وعلى هذا اختلفوا فى أمرين:

أحدهما: أنه يسقط بصريح الإبطال، وهل يسقط بدلالة الإبطال؛ كقوله: به من شئت؟ فيه وجهان.

والثاني: أن المشتري هل يرفع الشفيع إلى القاضى ليأخذ أو يسقط؛ حتى يكون على ثقة فى التصرف؟ فيه قولان.

والتفريع بعد هذا على الصحيح: وهو أنه على الفور. فيسقط بكل ما يعد فى العرف تقصيراً فى الطلب، وما لا يعد تقصيراً فلا. وبيانه بسبع صور:

الأولى: أنه إذا بلغه الخبر فينبغى أن يشهد على الطلب، وينهض إلى طلب المشتري، أو يبعث وكيلًا.

(١) الحديث أخرجه: ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبيهقى (١٠٨/٦)، وقال: ليس بثابت، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٥٦/٣)، وقال: إسناده ضعيف جداً. والخطيب البغدادي فى تاريخ بغداد (٥٧/٦)، وابن أبى حاتم فى علل الحديث (١٤٣٤)، وابن القيسراني فى تذكرة الموضوعات (٩٨٦)، والألبانى فى إرواء الغليل (٣٧٩/٥)، والمثقى الهندى فى كنز العمال (١٧٦٨٦) (الشفعة كحل العقول).

وبلفظ: (الشفعة كمنشط العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها) ذكره الألبانى فى إرواء الغليل (٣٧٩/٥).

فإن كان عاجزاً عن طلبه بمرض، أو حبس في باطل، فإنه إن كان في دين حق فهو غير قادر على الأداء، أو كان المشتري غائباً، ولم يجد في الحال رقة يخرج معها وكيله فلا يسقط حقه، فإنه معذور.

فإن كان المشتري حاضراً، فخرج بنفسه ولم يشهد، فالمذهب: أنه ليس بتقصير، وإن لم يخرج بنفسه لعذر، وقدر على التوكيل فلم يوكل، فثلاثة أوجه، الثالث: أنه كان يلزمه فيه منة أو مؤنة، فهو معذور، وإلا فلا.

فإن عجز عن التوكيل فليشهد، فإن لم يفعل فقولان:

أحدهما: أن الإشهاد مستحب؛ قطعاً للنزاع، وإلا فلا حاجة إليه. والثاني: أنه في الحال لا أقل من الإشهاد إذا لم ينهض للطلب.

الثانية: أنه لو كان في حمام، أو على طعام، أو في نافلة، فالأصح: أنه لا يلزمه القطع ومخالفة العادة، بل يجري على المعتاد. وفيه وجه: أنه يلزمه ذلك تحقيقاً للبدار.

الثالثة: أنه لو أخر ثم قال: إنما أخرت لأنى لم أصدق المخبر. نظر، فإن أخبره عدلان فلا يعذر، وإن أخبره فاسق أو صبي أو كافر ومن لا تقبل روايته فمعذور.

وإن أخبره عدل واحد أو عبيد، ومن تقبل روايته لا شهادته فوجهان. والأصح: أنه لا يعذر.

ولو كذب المخبر وقال: بيع بالفين، فإذا هو بألف، أو بالصحيح فإذا هو مكسر، أو بالموجمل فإذا هو حال، أو بالعكس، أو بيع من زيد فإذا هو من عمرو، أو قيل: اشترى النصف بخمسين، فإذا هو اشترى الكل بمائة، أو بيع بالدرهم فإذا هو بالدنانير، أو بالعكس فعفا ثم تبين كذب المخبر، فحقه باق وله الطلب. ولو أخبر أنه بيع بألف، فإذا هو بألفين فعفا ثم طلب فلا؛ لأن من رغب عن ألف فهو عن ألفين أرغب. ولو قال: جهلت بطلان الحق بالتأخير، وكان ممن يشبهه على مثله، فهو أيضاً معذور.

الرابعة: إذا ألقى المشتري فقال: السلام عليك جئت طالباً، لم يطل حقه؛ لأنه إقامة سنة.

ولو قال: اشتريت رخيصة وأنا طالب، بطل حقه؛ لأنه اشتغل بفضول لا فائدة له فيه. فإن قال: بارك الله لك في صفقة يمينك، وأنا طالب.

قال العراقيون: لا يبطل؛ لأنه تهينة، وقياس المرازمة الإبطال؛ لأنه فضول في هذا الموضع.

ولو قال: بكم اشتريت؟ قال العراقيون: يطل. وقال المروزي: لا؛ لأن له غرضًا، فلعنه يستنتقه بالإقرار ويبين المقدار؛ إذ عليه تبتى رغبته فى الطلب.

الخامسة: إذا زرع المشتري الأرض، ثم علم الشفيع فأخر تسليم الثمن؛ لأنه لا ينتفع فى الحال: لا يطل حقه؛ لأنه لا يتحصل على فائدة فى الحال، ولكن ينبغى أن يعجل الطلب ويؤخر الثمن.

السادسة: لو باع ملكه قبل الأخذ، ومع العلم بالشفعة فهو إسقاط للشفعة، وإن كان جاهلاً فقولان:

أحدهما: يسقط؛ إذ لم يبق شريكًا، فلا يبقى ضرر عليه. والثانى: أنه لا يطل؛ لأن الحق ثبت، ولم يجر إسقاطه فيبقى. ومثله جار فى الأمة إذا لم تشعر حتى عتق العبد، والمشتري إذا لم يشعر بالعيب حتى زال.

السابعة: لا يجوز أخذ العوض عن حق الشفعة، ولا عن حق حد القذف، ولا عن مقاعد الأسواق.

وقال أبو إسحاق المروزي: أنا أخالف الأصحاب فى هذه المسائل الثلاث. والمقصود: أنه لو صالح الشفيع بطلت شفيعته، ولم يثبت العوض إن كان عالماً بالبطلان. فإن ظن الصحة فوجهان، والأولى أن لا يطل.

فرع: إذا تنازعا فى العفو، فالقول قول الشفيع أنه عفا، فلو أقام بينة على أنه أخذ بالشفعة، والشئ فى يده، وأقام المشتري بينة على العفو، فوجهان:

أحدهما: بينة الشفيع أولى؛ لأنه صاحب اليد. والثانى: بينة المشتري؛ لأنه يشتمل على مزيد، وليس فيه تكذيب الآخر.

فلو شهد البائع على العفو قبل قبض الثمن لم يجر؛ إذ بقى له علقه الرجوع بالإفلاس. وبعد القبض فوجهان من حيث توقع التراد بالأسباب.

ولو شهد بعض الشركاء على البعض بالعفو، فإن كان قد عفا الشاهد قبلت شهادته، وإلا فلا، فإنه يجر إلى نفسه نفعًا، والله أعلم بالصواب.

كتاب القراض^(١)

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركان الصحة

وهي ستة: العاقدان، والعوضان، ورأس المال، وصيغة العقد.

ومستند صحة القراض: الإجماع. وقد عرف ذلك بما روى أن عبد الله بن عمر، وعبيد الله بن عمر لما انصرفا من غزوة نهاوند أتخفهما إلى العراق بإقراض مال من بيت المال؛ ليشتريا به أمتعة فيربحان عليه، ويسلمان قدر رأس المال إلى عمر، فكلفهما عمر، رضى الله عنه، رد الربح وقال: ما فعل ذلك إلا لمكانتكما منى، فقال عبد الرحمن بن عوف: لو جعلته قراضاً على النصف؟ ! فأجاب إليه^(٢). فدل ذلك على أن القراض كان

(١) القراض كالمعاوضة معنى، فهما لفظان مترادفان إلا أن القراض: لغة أهل الحجاز؛ والمضاربة: لغة أهل العراق. واختلف العلماء في مبدأ اشتقاقه، فقال صاحب العين: هو من أقرض، فنقول: أقرضت الرجل، إذا أعطيته ليعطيك. فالقراض يعطى الربح كما يعطى المقترض مثل المأخوذ. وقال غيره: هو من المقارضة وهي المساواة، ومنه تقارض الشاعران إذا تساوى في الإنشاد، لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح، وقيل: من القرض الذى هو القطع، لأن المالك قطع للعامل من ماله قطعة يعمل فيها. والعامل قطع للمالك قطعة من الربح الحاصل بسعيه. فإطلاق لفظ القراض على إعطاء شخص غيره جزءاً من ماله ليتجر فيه على أن يكون له بعض الربح إطلاق لغوى، والدليل على ذلك ما قاله بعض الصحابة لعمر بن الخطاب فى قصة عبد الله، وعبيد الله: لو جعلته قراضاً، ووجه الدلالة أن هؤلاء الصحابة هم أهل اللسان العربى وأرباب البيان الضادى. فإذا كان يحتاج بقول امرئ القيس، والنايفة، فالحجة بقول الصحابة أولى. واصطلاحاً: أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك. انظر: لسان العرب (٣٥٨٨/٥)، المصباح المنير (٤٩٧/٢)، المعجم الوسيط (٧٢٧/٢)، شرح فتح القدير (٤٤٥/٨)، مغنى المحتاج (٣٠٩/٢).

(٢) استدلل الفقهاء على مشروعية القراض، بالكتاب، والسنة، والقياس. أما الكتاب: لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وجه الدلالة أن البيع الحلال فى الآية يشمل بيع المنافع والذوات، فيكون بيع المنافع مشروعاً، وإذا كان بيع المنافع مشروعاً كان القراض مشروعاً؛ لأنه بيع منافع بجزء من الربح، ففيه معاوضة من الطرفين. أما السنة: فتقرير الرسول ﷺ، وذلك أن القراض مما كان فى الجاهلية، ولم ينكره الرسول ﷺ مع علمه وقدرته على الإنكار. فلو لم يكن جائزاً لم يسكت عنه ﷺ مع شيوعه بين الصحابة. وأما عمل الصحابة: فلما ذكره المصنف بما روى عن ابن عمر، وعبيد الله ابنى عمر رضى الله عنهم، أخرج هذه الرواية مالك فى الموطأ (٥٢٩/٢)، والبيهقى فى الكبرى (١١/٦)، وفى -

بينهم معروفًا مفروغًا منه.

ولعل مستندهم فيه صحة المساقاة؛ إذ كل واحد منهما معاملة يحتاج إليه رب المال لتنميته، وهو عاجز عنه بنفسه لقصوره، وعن استئجار غيره لجهالة العمل. فنبدأ بالركن الأول، وهو رأس المال، وله أربعة شرائط:

الأول: كونه نقدًا، فلا يورد القراض إلا على النقدين، وهى الدراهم والدنانير المسكوكة، أما النقرة وسائر العروض فلا.

وكذا على المغشوش، على الصحيح؛ لأن النحاس فيه سلعة، ولا يورد على الفلوس قطعًا.

وعلة هذا الشرط أمران: أحدهما: أن مقصود العقد الاتجار، وإنما جوز رخصة، وفى الإيراد على العروض تضيق، فقد لا تروج فى الحال. والثانى: أنه لا بد عند القسمة من الرد إلى رأس المال ليتبين الربح. فلو أورد على وقر حنطة، وقيمتها فى الحال دينار، فقد يربح تسعة ثم تغلو الحنطة فلا يوجد الوقر إلا بعشرة دنانير فصاعدًا فيحبط الربح لا بخسران فى التجارة.

الثانى: أن يكون معلوم المقدار، فلو قارض على صبرة من الدراهم بطل؛ لأن جهله يؤدى إلى جهل الربح وهو عرض فى العقد.

الثالث: التعيين: فلو أورد على ألف لم يعين: فسد، إلا إذا عين فى المجلس فيصح، كبيع الدراهم بالدراهم.

ولو سلم إليه ألفين فى كيسين، وقال: أودعتك أحدهما، وقارضتك على الآخر، ولم يعين، فوجهان فى الصحة: أحدهما: الجواز؛ للتساوى. والثانى: لا؛ لعدم التعيين.

ولو قارضه على ألف، وهو عنده وديعة جاز، وكذا لو كان عنده غصبًا. ولكن هل ينقطع الضمان؟ فيه وجهان:

= معرفة السنن والآثار (١٢٠٦٥، ١٢٠٦٦)، وابن حجر فى تلخيص الخبير (٥٧/٣) وعزاه للدارقطنى، وهو ما يدل على مشروعية القراض.

أما القياس: فقد قاسه الفقهاء على المساقاة بجامع حاجة الناس إلى تنمية أموالهم، فأصل هذا القياس المساقاة؛ والفرع القراض، والعلة- أى علة القياس- حاجة الناس إلى تنمية أموالهم، والحكم الجواز، وحيث وجدت العلة فى الفرع التى من أجلها شرع الحكم فى الأصل، كان الفرع نظيره فى الحكم، فدل ذلك على مشروعية القراض.

أحدهما: لا، كالرهن. والثاني: نعم؛ لأن الأمانة مقصودة في هذا العقد، فهو إلى الوديعة أقرب.

وفى طريقة العراق ذكر الوجهان في صحة القراض، ولعله غلط؛ إذ لا مستند لاشتراط عدم الغصب، فإذا صحت الوديعة والرهن والوكالة فبأن يصح القراض أولى.

الرابع: أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل بدءاً لا يداخله المالك بالتصرف واليد، فلو شرط لنفسه بدءاً، أو تصرفاً معه فهو فاسد؛ لأنه تضيق، وكذا إذا شرط مراجعته في التصرف أو مراجعة مشرفه. ولو شرط أن يعمل معه غلامه، فالنص: الجواز في المساقاة والقراض جميعاً، وفيه وجه؛ لأن يد الغلام يد المالك.

الركن الثاني: عمل العامل؛ فإنه أحد العوضين، وفيه ثلاثة شرائط:

الأول: أن يكون تجارة أو من لواحقها. أما الحرف والصناعات فلا.

فلو سلم إليه دراهم ليشتري حنطة، فيطحن ويخبز، ويكون الربح بينهما فهو فاسد، وليس له إلا أجرة المثل، بل إذا لم يشترط عليه فاشترى الحنطة وطحن وخبز انفسخ القراض؛ لأن الربح حصل بالعمل والتجارة جميعاً، وما ليس تجارة لا يقابل بالربح المحلول، والتمييز غير ممكن. أما النقل والوزن ولواحق التجارة فهي تابعة.

أما إذا سلم إليه مالاً لينقل إلى بلد ويشتري به سلعة ويبيع، والربح بينهما: ففيه وجهان من حيث إن النقل عمل مقصود انضم إلى التجارة، ولكن لما كان يعتاد السفر في التجارة ترددوا فيه.

فرع: لو قال: قارضتك على الألف الذي عليك فاقبضه لي من نفسك، واتجر فيه، فهو فاسد؛ إذ لا يصح قبضه له من نفسه، فلا يملك. فلو اشترى له بدراهم نفسه شيئاً، فهو كما لو قال: اشتر لي هذا الفرس بثوبك ففعل، ففي وقوعه عن الأمر وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن عوضه ملك غيره. والثاني: بلى، ولكن يقدر انتقال الملك في العوض ضمناً، إما هبة وإما قرضاً، وفيه أيضاً وجهان.

الشرط الثاني: أن لا يعين العمل تعييناً مضيئاً، فلو قال: لا تتجر إلا في الخبز الأدكن والخليل الأبلق، فسد.

وكذلك إذا عين للمعاملة شخصاً؛ لأنه قد لا يربح عليه. ولو عين جنس البز أو الخز، جاز، ثم يتبع فيه موجب الاسم. فكل ما يسمى بزاً يتصرف فيه، وذلك معتاد لا تضيق فيه.

الثالث: إطلاق القراض. قال الشافعي، رضى الله عنه: لا يجوز القراض إلى مدة، فاتفق الأصحاب أنه لو أقت إلى سنة وصرح بمنع البيع بعده فهو باطل؛ إذ قد لا يجد راعياً قبله، وإن قال: لا تشتري بعده، ويبع أى وقت شئت، فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه تضييق. والثاني: يجوز؛ إذ له منعه من الشراء مهما أراد، وليس له المنع من البيع. فله أن يؤقت فى الابتداء ماله أن يفعل فى الدوام.

ولو أطلق وقال: قارضتك سنة، فطريقان:

أحدهما: البطلان؛ تنزيلاً على الصورة الأولى. والثاني: الوجهان؛ تنزيلاً على الأخيرة وترجيحاً لجانب الصحة.

ولو قال: لا تصرف إلا فى الرطب، فالمذهب جوازه، وإن كان ذلك يتضمن تأقيتاً بحكم الحال.

الركن الثالث: الربح:

وهو العوض المقابل للعمل، وجهاته والغرر فى وجوده؛ للحاجة، وله أربعة شرائط:

الأول: الاستهام، فلو شرط للمالك فهو فاسد.

وهل يستحق أجرة المثل على تصرفه، فإنه يصح التصرف بحكم الإذن؟ اختيار المزنئ أنه لا يستحق؛ لأنه خاض فى العمل غير طامع فى الربح.

وقال ابن سريج: يستحق؛ لأن العقد يقتضى العوض بوضعه، فشرط النفس لا ينفيه كالمهر فى النكاح.

ولو شرط الكل له فهو فاسد، والربح كله للمالك، وليس للعامل إلا أجرة المثل فإنه طمع فى عوض. ولو قال: خذ المال وتصرف فيه وكل الربح لك: فهو منزل على القرض، فيكون الربح للعامل.

وإذا ذكر لفظ القراض لم ينزل على القرض على الصحيح من المذهب. ولو قال: على أن النصف لى، وسكت عن جانب العامل: لم يصح على المذهب؛ لأن الإضافة إلى العامل هى النتيجة الخاصة للقراض.

وقال ابن سريج: يصح؛ أخذاً من الفحوى والعرف^(١). ولو قال: على أن النصف

(١) وهو أن يكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق.

لك، فالمذهب صحته، وفيه وجه بعيد.

الثاني: أن لا يضاف جزء إلى ثالث. فإنه إثبات استحقاق بغير مال ولا عمل، إلا أن يضاف إلا غلام أحدهما، فهو كالإضافة إلى مالكة.

الثالث: أن لا يقدر الربح.

فلو قال: لك من الربح درهم أو ألف: لم يصح، فربما لا يزيد الربح على ما ذكره، فيختص الكل بمن شرط له. وكذلك إذا قال: لى درهم، أولك درهم من الجملة والباقي بيننا. وكذلك إذا قال: على أن لى ربح العبيد من مال القراض.

ولو قال: على أن لى ربح أحد الألفين وهو مختلط: قال ابن سريج: لا يصح؛ للتخصيص. وقال القاضي: يصح؛ إذ لا فرق بين أن يقول: لى ربح النصف، أو نصف الربح، أو ربح الألف، والمال ألفان.

الرابع: أن يكون الجزء المشروط معلوماً:

فلو قال: على أن لك من الربح ما شرطه فلان لفلان، وهو مجهول لهما أو لأحدهما، فهو فاسد كتنظيره فى البيع. ولو قال: على أن لك سمس تسع عشر الربح، وهو ليس حيسوباً بفهم معناه فى الحال، فوجهان. ووجه الصحة: أن اللفظ معروف والقصور فيهما، ولو قال: على أن الربح بيننا، فوجهان:

أحدهما: يصح، وينزل على الشطر. والثاني: لا؛ لأنه لا يتعين للتشطير، فهو مجهول.

الركن الرابع: الصيغة:

وهو أن يقول: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك، على أن لك من الربح كذا، فيقول: قبلت.

فلو قال: خذ المال، واتجر فيه ولك من الربح نصفه، فقد قال القاضي: يكفى القبول بالفعل، كتنظيره فى الوكالة. وهو هاهنا أبعد؛ إذ فيه معنى المعاوضة.

الركن الخامس والسادس: وهما العاقدان:

ولا يشترط فيهما إلا ما يشترط فى الموكل والوكيل بالأجرة. وهل يشترط كون المقارض مالكاً؛ حتى لا يصح قراض العامل مع عامل آخر بإذن المالك، فعلى وجهين.

فرعان: أحدهما: لو كان المالك مريضاً، وشرط له أكثر من أجرة المثل، لم يحسب من الثلث؛ لأن تفويت الحاصل هو المقيد بالثلث، والربح ليس بحاصل، ولذلك تزوج المرأة نفسها بأقل من مهر المثل، فيحوز.

وفي نظيره من المساقاة وجهان؛ لأن التخييل حاصل، والثمر، على الجملة، قد يحصل دون العمل بخلاف الربح.

الثاني: إذا تعدد المالك، وقارض رجلاً واحداً: صح. فيشترط له شيء والباقي بين المالكين على نسبة الملك، لا يجوز فيه شرط تفاوت. وإن كان العامل متعدداً فهو أيضاً جائز، فإن التعاون على مقصود واحد لا يفوت مقصود العقد.

الباب الثاني

في حكم القراض الصحيح

وفيه مسائل: الأولى: أن العامل وكيل في التصرف:

فيتقيد تصرفه بالغبطة، فلا يبيع بالغبن، ولا يشتري بالزيادة، ولا يبيع بالنسيئة إلا إذا أذن فيه؛ لأن الناس يتفاوتون في الرضا به، وفيه غرر، ولا يشتري بالنسيئة؛ لأنه ربما يفوت رأس المال فيتعلق العهدة بالمالك، بخلاف ولي الطفل فإنه قد يفعل ذلك عند المصلحة.

ولا شك في أنه يشتري ويبيع بالعرض، فإنه عين التجارة. فإذا أذن له في البيع بالنسيئة يلزمه الإشهاد، فإن فات الثمن بإنكار وقد قصر في الإشهاد، ضمن.

وله أن يشتري المعيب إذا كان فيه غبطة، وإن اشترى على أنه سليم: فلكل واحد منهما الرد. فإن اختلفا، قدم ما يقتضيه المصلحة والغبطة. ولا يعامل رب المال بمال القراض، فإنه ملكه، كالعبد المأذون لا يعامل سيده.

ولا يشتري بجهة القراض بأكثر من رأس المال، فإن سلم إليه ألفاً فاشتري بعينها عبداً تعين الألف للتسليم. فلو اشترى عبداً آخر بعينه بطل. ولو اشترى في الذمة وقع عنه لا عن القراض.

ولو صرف إليه مال القراض ضمن، كصرفه إلى عبد نفسه. وعلى الجملة: هو في هذه القضايا يقارب الوكيل، وقد استقصينا حكمه في الوكالة.

الثانية: لو اشترى من يعتق على المالك بغير إذنه لم يقع عنه؛ لأنه على تقيض التجارة. ولو اشترى زوجته، فوجهان من حيث إن الربح فيه ممكن، ولكن ضرر انقراض النكاح لاحق، فبالحرى أن يخرج عن عموم اللفظ^(١).

(١) هذا لأن اللفظ العام دائماً محتمل التخصيص وأكثر ما يقع فيه التأويل؛ لأنه يدل على كثيرين =

والوكيل إذا قيل له: اشتر عبداً، فاشترى من يعتق على الموكل، فيه وجهان، ينظر في أحدهما إلى عموم اللفظ، وفي الثاني إلى الضرر، كما في شراء زوجة المقارض.

أما العبد المأذون إن قيل له: انجر، فهو كالعامل، وإن قيل: اشتر عبداً، فهو كالوكيل؛ وإن اشترى من يعتق على المالك بإذنه صح وعق وسرى إلى نصيب العامل إن كان فيه ربح، وغرم له المالك.

وإن قلنا: لا يملك بالظهور؛ لأنه يملك عند الاسترداد، وهذا حكم استرداد المال، وسيأتي حكمه. وإن اشترى العامل قريب نفسه ولا ربح في المال، صح.

فإن ارتفع السوق عتق نصيبه ولم يسر؛ لأن ارتفاع السوق ليس إلى اختياره، فهو كالإرث.

وإن كان فيه ربح وقلنا: إنه لا يملك بالظهور، فهو كما إذا لم يكن ربح. وإن قلنا: يملك، ففي صحة التصرف قولان، حكاهما صاحب التقريب، ووجه المنع: بعده عن مقصود التجارة.

فإن صححنا، ففي نفوذ العتق وجهان، ووجه المنع: أن نصيبه وقاية لرأس المال فنزل تعلق حق المالك به منزلة تعلق الرهن به. فإن قلنا: ينفذ، فيسرى؛ لأن الشراء باختياره.

فرع: ليس لأحدهما الانفراد بكتابة عبد؛ لأنه بعيد عن التجارة.

فإن توافقا عليه، ولا ربح في المال: ففي انفساخ القراض وجهان، والأظهر: أنه يستمر على بطله.

وإن كان فيه ربح: لم ينفسخ وعق العبد، وكان الولاء لهما على نسبة ملكيهما.

الثالثة: إن عامل عامل القراض عاملاً آخر بإذن المالك لينسلخ هو من القراض، ويكون العامل هو الثاني: صح، ويكون هو وكياً في العقد.

وإن أراد أن ينزل العامل منه منزله من المالك ليكون له شيء من حصته: فوجهان ذكرناهما. ووجه المنع: أن وضع القراض أن يجري بين مالك وعامل، وإن فعل ذلك بغير إذن المالك فهو فاسد.

وإن انجر العامل الثاني فيخرج على اتجار الغاصب في المغصوب، وفيه قولان،

غير محصورين ويستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد، ويقيد الشمول والاستعراق ما لم يصرفه عن ذلك صارف.

أحدهما: النفوذ مهما كثرت التصرفات وظهر الربح؛ نظراً للمالك؛ حتى لا يفوته الربح فله الإجارة.

فإن قلنا: الربح للمالك تفرعاً على القول القديم، قال المزني: هاهنا لرب المال نصف الربح، والنصف الآخر بين العاملين نصفين كما شرط. فإن قيل: فقد طمع العامل في نصف الكل؟ قلنا: هو منزل على نصف ما رزق الله تعالى لهما، ونصف الكل هو رزقهما. ومن الأصحاب من قال: يرجع بأجرة العمل في النصف الذي فاته، وخالف المزني.

فإن قيل: ولم استحق العامل الثاني والأول شيئاً، وتفرع القديم في الغصب يوجب أن يكون الكل للمالك؟.

قلنا: لأنه جرى هاهنا مشاركة ومراضاة، وينسب هذا القول على المصلحة، وفي الغصب لم تجر مشاركة ومراضاة.

وإن فرعنا على الجديد، قال المزني: الربح كله للعامل الأول، وللعامل الثاني أجرة مثله على الأول.

قال بعض الأصحاب: هذا غلط؛ إذ الربح على الجديد للغاصب، والعامل الثاني هو الغاصب.

ومنهم من وافقه؛ لأن العامل الثاني ما اشترى لنفسه، بل اشترى للعامل الأول، فكان الأول هو المشتري، كما أن الغاصب هو المشتري لنفسه.

الرابعة: ليس للعامل أن يسافر بحال القراض دون الإذن، فإنه اقتحام خطر، فإن فعل صح تصرفاته، ولكنه يضمن الأعيان والأثمان جميعاً؛ لأن العدوان بالنقل يتعدى إلى الثمن.

وإن سافر بالإذن جاز، ونفقة النقل وحفظ المال على مال القراض، كما أن نفقة الوزن والكيل والحمل الثقيل الذي لا يعتاده التاجر أيضاً في البلد، على رأس المال.

فإن تعاطى شيئاً من ذلك بنفسه، فلا أجرة له. وأما نشر الثوب وطيه، وحمل الشيء الخفيف، فهو عليه؛ للعادة.

فإن استأجر عليه فعليه الأجرة، وكذا عليه نفقته وسكنه في البلد وأجرة الحانوت ليس عليه.

أما نفقته في السفر: فقد نص الشافعي، رضي الله عنه، أن له نفقته بالمعروف. وروى البويطي أنه لا نفقة له.

فمنهم من قطع بنفي النفقة عن مال القراض، قياساً على الحضر، وحمل النص على أجرة النقل والحمل، ومنهم من قال: قولان.

ووجه الفرق: أنه في السفر متجرد لهذا الشغل دون غيره، فضاهى الحرة المحتبسة بسبب النكاح، بخلاف الحاضر فإنه ليس محتبساً على هذا المال.

وعلى هذا، فلو استصحب معه مال نفسه، توزع النفقة على المالكين. وإن لم يستصحب، ففي مقدار الواجب قولان:

أحدهما: ما يزيد بالسفر. والثاني: جميع النفقة. ولو فاصله المالك، أو لقيه في بلد: ففي لزوم نفقة إياه إلى البلد وجهان: والمذهب: أنه إذا عاد إلى البلد رد السفارة والمطهرة وبقايا آلات السفر إلى المالك.

الخامسة: اختلف قول الشافعي، رضي الله عنه، في أن العامل يملك الربح بالظهور، أو بالمقاسمة؟.

أحدهما: أنه بالظهور؛ فإن موجب الشرط: أن ما يحصل من ربح فهو لهما، وقد حصل. والثاني: لا؛ لأن العمل مجهول ولم يتم؛ فأشبهه الجعالة؛ ولأنه لو ملك لصار شريكاً، ولم يكن نصيبه وقاية الخسران، وهو اختيار المزني.

التفريع: إن قلنا: لا يملك، فلو أتلّف المالك المال غرم حصته؛ لأن الإتلاف كالقسمة والاستيفاء، وكذا إذا أتلّف العامل شيئاً غرم نصيبه.

ولو أراد العامل التنضيض لتحصيل نصيبه، لم يمنع. ولو مات قام ذريته مقامه؛ لأن الحق متأكد، حتى لو كان في مال القراض جارية لم يجوز للمالك وطؤها؛ لتأكد حقه.

وكذا إذا لم يكن له ربح؛ لأن الربح بارتفاع السوق لا يوقف عليه، والوطء يحرم بالشبهة.

وإن قلنا: يملك بالظهور فلا يستقر، بل هو وقاية رأس المال ما دام العقد باقياً، فإن فسخ وقسم، استقر. وإن فسخ والمال ناض، ولم يقسم بعد: فالصحيح الاستقرار. فإن فسخ، والمال عروض، فإن قلنا: العامل يجبر على البيع، فلا استقرار، وإن قلنا: لا يجبر كما سيأتي، فوجهان.

السادسة: في الزيادة والنقصان العينية.

أما الزيادة: فهي من مال القراض، كما إذا نتجت شاة أو أثمرت حديقة، أو ولدت جارية فهو من مال القراض، ويعد ذلك من الربح.

وكذا أجرة المنافع إذا أجر دواب المال، أو تعدى غيره باستعمالها. وكذا مهر الجارية إذا وطئت، حتى لو وطئها السيد جعل مستردًا مقدار العقر، ولو استولدها كان مستردًا قدر الجارية، وهل يضاف إليه العقد أيضًا؟ فيه تردد.

وأما النقصان: فما يقع بانخفاض الأسعار فهو خسران عليه جبره، وكذلك ما يقع بتعيب المال ومرض الدواب.

فأما ما يقع بتلف المال أو سرقة، ففيه وجهان؛ أظهرهما: أن عليه جبره؛ لأن التاجر بصدد ذلك، وقد حسبنا له الزيادة العينية، فيحسب عليه النقصان العيني أيضًا، وكما حسبنا عليه التعيب في الصفات، هذا إذا كان بعد التصرف الثاني.

فإن كان قبل التصرف بأن سلم إليه ألفين، فتلف ألف وبقي ألف، فرأس المال ألف أم ألفان؟ فيه وجهان:

وجه قولنا: ألف، أن ذلك فات قبل الخوض في التجارة، فلا تكون التجارة متناولة له، فلا يجبر. وإن اشترى بألفين عبيدين، فقبل بيعهما تلف أحدهما، فوجهان مرتبان، وأولى بأن يجبر؛ لأنه خاض في التصرف.

وجه الآخر: أن التجارة هو البيع، وتحصيل الربح بيعه، أما الشراء فإنه تهيئة محل التجارة.

فرع: إذا سلم إليه ألفًا، فاشترى عبدًا، فتلف الألف نظراً: إن اشترى بعينه انفسخ، وإن اشترى في الذمة لا ينفسخ. وفي انصراف العقد إلى العامل وجهان:

فإن قلنا: لا ينصرف، فعلى المالك تسليم ألف آخر، ثم إذا سلم فرأس المال ألف أم ألفان؟ فيه وجهان مرتبان، وهاهنا أولى بأن يكون رأس المال ألفًا؛ لأنه لم يبق مما يتناوله العقد الأول شيء، هذا إذا تلف بأقة سماوية.

أما إذا تلف رأس المال أو بعضه بإتلاف أجنبي، فالقراض مستمر؛ والبدل ثابت في ذمته. وإن أتلفه المالك، فهو مسترد، وعليه حصة العامل. وإن كان بإتلاف العامل: انفسخ؛ إذ لا يدخل البدل في ملك المالك إلا بقبضه منه.

الباب الثالث: في حكم التفاسخ والتنازع

وفيه أربع مسائل: المسألة الأولى: إذا انفسخ القراض بفسخ أحد المتعاقدين، فإنه حائز من الحائنين، فللمال ثلاثة أحوال:

الأولى: أن يكون ناضيا من جنس رأس المال، فاز به المالك إن لم يكن ربح، ولم يكن للعامل منعه ليستريح. وإن كان ربح عمل بموجب الشرط.

الحالة الثانية: أن يكون عروضاً، فإن لم يكن ربح، فهل للمالك إجبار العامل على الرد إلى النضوض؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العقد قد انفسخ، وهو لم يلتزم أمراً. والثاني: نعم؛ لأنه ملتزم أن يرد جنس ما أخذ منه ليخرج عن العهدة.

فإن رضى المالك بأن لا يباع، فأبى العامل إلا البيع، فهو ممنوع منه، إلا إذا صادف زبونا يشتري بزيادة يستفيد به ربحاً على رأس المال، فعند ذلك يمكن.

فلو لم يبع ورد العروض، فارتفعت الأسواق وظهر ربح بعد الرد، فوجهان:

أحدهما: له طلب نصيبه، فإنه رد على ظن أنه لا ربح فيه وقد ظهر الآن. والثاني: لا؛ لأنه ظهور بعد الفسخ.

وإن كان في المال ربح وجب على العامل أن ينض رأس المال، فيبقى الباقي مشتركاً. وليس عليه بيعه، فإنه لم يلتزمه.

وإن امتنع العامل من البيع أجبر؛ فإن الربح لا يظهر إلا بظهور قدر رأس المال بالتنضيض.

فإن قال: دعوني، فقد تركت ربحي، فإن قلنا: ملك بالظهور، فلا يسقط بالإسقاط، وإن قلنا: لا يملك، فوجهان:

أحدهما: يسقط، كالغنيمة قبل القسمة. والثاني: لا؛ لأن الغنيمة غير مقصودة في الجهاد الذي هو إعلاء كلمة الله تعالى، والربح مقصود، وقد تأكد سببه.

فإن قلنا: لا يسقط، فعليه البيع. وإن قلنا: يسقط، فهو كما إذا لم يكن ربح، ففيه وجهان.

فرع: ليس لأحدهما أن يطلب قسمة الربح؛ لأنه يعرض جبر الخسران فيتضرر العامل برده إن طلب المالك، والمالك بخروجه عن جبر الخسران إن طلب العامل.

الحالة الثالثة: أن يرد المال إلى نقد لا من جنس رأس المال.

فيلزمه الرد إلى ذلك الجنس، وإن كان هو النقد الغالب؛ لأن الربح لا يظهر إلا به. فإن كان مكسراً ورأس المال صحاح، فيشتري بها مثله إن وجد وإلا فيحذر من الربا، ويشتري به الذهب إذا كان رأس المال فضة غير مكسرة وبالذهب الصحاح. فلو اشترى به عرضاً لبيعه بالذهب، فهل يمكن؟ فيه وجهان: ووجه المنع: أن العرض قد يصير معوقاً عليه.

المسألة الثانية: إذا تفاسخا: وكان المالك قد استرد من قبل طائفة من المال، فإن لم يكن وقت الاسترداد لا ربح ولا خسران فلا إشكال؛ إذ رأس المال هو الباقي، وإن كان فيه ربح فما استرده وقع شائعاً، فالقدر الذي يخص الربح يستقر للعامل نصيبه منه، فلا يضيع بعد ذلك بخسران.

وإن كان في المال خسران، فما استرده بحصة جزء من الخسران، فلا يجب على العامل خبر القدر الذي يخص المسترد من الربح الذي بعده. بيانه صورتان:

إحدهما: المال مائة، وربح عشرين، فاسترد المالك عشرين ثم خسر عشرين فعاد إلى ثمانين: فليس للمالك أن يأخذ الكل، ويزعم أن رأس المال كان مائة؛ لأنه إذا استرد عشرين وهو سدس جملة المال، فسدس العشرين ربح وهو ثلاثة وثلاثون، فقد استقر للعامل نصفه وهو درهم وثلثان، فلا يلزمه جبر ذلك، بل يأخذ هذا القدر من الثمانين ويرد الباقي.

الثانية: المال مائة، وخسر عشرين، واسترد المالك عشرين فصار ستين، ثم ربح عشرين فترقى إلى ثمانين: فليس للمالك أن يقول: ربح عشرين بخسران عشرين والكل لي؛ لأنه خسر أولاً عشرين فتوزع على الباقي وهو ثمانون، فيخص كل واحد من عشرين خمسة، فلا يلزمه جبر تلك الخمسة، فكأنه بقي المال خمسة وسبعين، وإذا صار الآن ثمانين، تكون الخمسة فضلاً فيقسم بينهما نصفين؛ حتى يفوز المالك بسبعة وسبعين ونصف من جملة الثمانين الباقية.

المسألة الثالثة: القراض يفسخ بالجنون والموت:

فلو مات المالك، فلوارثه مطالبة العامل بالتضيض^(١)؛ حيث كان يجوز للمالك لو

(١) التضيض: استخراج الحق.

فسخه بنفسه وهو حي، ثم يقدر ربح العامل ولا يصرف إلى ديون المالك؛ لأن حقه، وإن لم يملك بالظهور، لا يتقاعد عن حق المرتهن، فيقدم على الديون. فلو أراد وارث المالك تقريره، فقال: قررتك على ما مضى، فقال: قبلت، ففيه وجهان يجري مثلهما في الوارث إذا قال: أحزت الوصية، وقلنا: إنها ابتداء عطية، ووجه المنع ظاهر؛ لأن ما مضى قد بطل فلا معنى للتقرير.

ووجه الجواز: أن التقرير يبنى على إعادة مثل ما سبق؛ حتى طردوا هذا فيما إذا قال البائع للمشتري بعد فسخ البيع: قررتك على ما مضى، ولم يسمح بهذا في النكاح بحال؛ لما فيه من التعبد.

هذا إذا كان المال ناضئاً، فإن كان عرضاً فوجهان. ووجه الجواز: أنه عرض هو اشتراه، فلا يضيق عليه، وقد تعين جنس رأس المال من قبل، فأمكن الرجوع إليه بخلاف العقد على العروض ابتداء.

أما إذا مات العامل فقد انفسخ العقد، فإن قرر المالك وارثه، فالخلاف الواقع في لفظ التقرير، كما مضى. أما إذا كان المال عروضاً لم يجز؛ لأن وارث العامل لم يشتر المال بنفسه، فيكون العروض كلا عليه، وإن لم يكن على العامل المشتري.

وعلى الأحوال كلها فلوارثه طلب نصيب العامل من الربح، وقطع الأصحاب بتجوز استئناف القراض معه وإن كان في المال ربح إذا كان المال ناضئاً، وهذا يدل على أن القراض مع الشريك جائز إذا كان العامل مستبداً باليد، فيقسم الربح على نسبة الملك، ثم يقسم الباقي بالشرط.

فأما إذا كان الشريكان متعاونين على العمل، والمال في يدهما لا يجوز تغيير نسبة الملك بالشرط. ولو اختص أحدهما بمزيد عمل، ففي جواز ذلك وجهان.

المسألة الرابعة: في التنازع، وله صور:

الأولى: إذا تنازعا في تلف المال، فالقول قول العامل؛ لأنه أمين ما لم يتعد كالمودع، وإن تنازعا في الرد فكذا ذلك.

وقال العراقيون: في الرد وجهان، وزعموا أنه لا يلحق في هذا بالمودع على أحد الوجهين.

الثانية: لو اختلفا في قدر الربح المشروط فيتخالفان؛ لأنه نزاع في قدر العوض، فإذا تحالفا سلم كل الربح للمالك، وليس للعامل إلا أجرة المثل.

الثالثة: إذا اختلفا في قدر رأس المال، ولا ربح، فالقول قول العامل؛ لأنه نزاع في القبض، والأصل عدمه.

وإن كان فيه ربح فهو كذلك على الأصح، وقيل: إنهما يتحالفان؛ لأن قدر الربح يتفاوت به.

الرابعة: في المال عبد، فقال المالك: اشتريته للقراض، وقال العامل: بل لنفسى، أو بالعكس. فالقول قول العامل؛ لأنه أعرف بنيته.

الخامسة: لو قال: كنت نهيتك عن شراء العبد فأنكر، فالقول قوله إذ الأصل عدم النهي.

السادسة: تنازعا في الربح ووجوده، فالقول قول العامل، فإن أقر بالربح ثم قال: غلطت، أو كذبت خيفة أن ينتزع المال من يدي، ثم يسمع رجوعه. وإن قال: صدقت، ولكن خسرت بعده، فالقول قوله.

السابعة: سلم رجلان، كل واحد ألفاً إلى رجل، فاشتري لكل واحد عبداً، والتبس واعترفوا بالإشكال، فقد نص الشافعى، رضى الله عنه، على قولين:

أحدهما: أنه يباع العبدان، ويقسم الثمن عليهما بالسوية. والثاني: أنهما ينقلبان إلى الوكيل، ويغرم هو لهما قيمتهما بالسوية. فإن زاد فذاك، وإن نقص غرم النقصان، وكأنه مقصر بالنسيان، وهذا فيه مزيد نظر ذكرناه في المذهب البسيط. والله أعلم بالصواب.

* * *

كتاب المساقاة^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة:

الركن الأول: في الأصل الذي يعقد عليه العقد

وله شرائط: الأول: أن يكون شجرًا. والنخيل هو الأصل؛ إذ ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر على النصف مما يخرج من تمر وزرع^(٢)، وهذه المعاملة قريبة من القراض، ولكن تخالفها في الزوم والتأقيت، فإنهما لا يليقان بالقراض، وفي أن الثمار تملك بمجرد الظهور، فإنه ليس وقاية للنخيل بخلاف القراض، وفي طريقة العراق وجه: أنه كالربح، حتى يخرج على القولين. ثم لا خلاف في أن الكرم بمعنى النخيل؛ لأن العمل عليهما يتقارب، والزكاة تجب فيهما، وفي سائر الأشجار المثمرة قولان:

(١) المساقاة لغة: مفاعلة من السقي؛ لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي؛ لأنهم يستقون من الآبار، فسميت بذلك.

قال الشوكاني: المساقاة ما كان في النخل والكرم وجميع الشجر الذي يثمر بجزء معلوم من الثمرة للأجير، وإليه ذهب الجمهور، وخصها الشافعي في قوله الجديد بالنخل والكرم، وخصها داود بالنخل. وقال مالك: تجوز في الزرع والشجر ولا تجوز في البقول عند الجميع. وروى عن ابن دينار أنه أجازها فيها. أ.هـ، انظر: الصحاح (٣٢٨٠/٦) اللسان (٢٠٤٤/٣) المعجم الوسيط (٤٣٧/١) نيل الأوطار (٢٧٣/٥).

(٢) هذا من حديث عبد الله بن عمر وأبى النبي ﷺ عامل خيبر يشطر ما يخرج منها من ثمر أو ررع، فكان يعطى أزواجه مائة وسق؛ ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير. الحديث، أخرجه البخاري (٢٣٢٨، ٢٣٢٩)، ومسلم (١٥٥١)، وأبو داود (٣٤٠٨، ٣٤١٢)، والترمذي (١٣٨٣)، والنسائي (٣٩٢٩، ٣٩٣٠)، وابن ماجه (٢٤٦٧، ٢٤٧٨)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٢٧٩، ١٢٨٠).

وفي الباب عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب مرسلاً، أن رسول الله ﷺ قال لليهود خيبر: «أقركم على ما أقركم الله، على أن الثمر بيننا وبينكم» أخرجه مالك (٧٠٣/٢)، والشافعي (٢٤٢/١)، والبيهقي (١٢٢/٤) من طريق مالك.

وأخرجه موصولاً عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: البيهقي (١١٥/٦).

أحدهما: أنها في معناهما؛ للحاجة إليه. والثاني: لا؛ لأن العمل عليهما يقل، فيمكن الاستئجار عليه. ونعني بالشجر: كل ما يثبت أصله في الأرض ويفصل ثمره.

أما المزارع وقصب السكر والبطيخ والقثاء والباذنجان، فلا يعقد عليها هذه المعاملة؛ لأن جميعها في معنى المخابرة والمزارة.

والمخابرة: هي صورة هذه المعاملة على الأرض، والبذر من العامل. والمزارة: هي بعينها، والبذر من المالك. وقد نهى رسول الله ﷺ عنهما، وساقى^(١).

فقال الشافعي، رضي الله عنه: لا يرد إحدى السنتين بالأخرى؛ خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، حيث أبطل المساقاة؛ قياساً على المزارة. ثم البقل من قبيل الزرع، وإن ثبتت أصوله.

فإن قيل: فقد ساقى، عليه السلام، على الزرع والتمر جميعاً^(٢)؟ قلنا: لا حرم بقول تصح المزارة تبعاً للمساقاة في الأرض المتحللة بين النخيل بخمسة شرائط، اثنان متفق عليهما: وهو: أن يكون العامل على النخيل والزرع واحداً.

والثاني: أن تكون الأراضي بحيث لا يمكن إفرادها بالعمل؛ إذ يسقيها وتقليبها ينتفع النخيل. واختلفوا في ثلاثة شرائط:

أحدها: اتحاد الصفقة، فلو عقدها في صفتين، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصح، ثم إن أخرت المزارة تبعت المساقاة السابقة، وإن قدمت كانت موقوفة الصحة على المساقاة بعدها. والثاني: لا يصح مطلقاً؛ لانعدام التبعية بالتميز. والثالث: إن قدمت المزارة فسدت؛ إذ لا متبوع، وإن أخرت صححت، ثم لو جمعهما في صفقة واحدة، ولكن جعل للعامل من الثمار النصف، ومن الزرع جزءاً آخر، أقل أو أكثر، ففيه أيضاً تردد؛ لأن التغير يكاد يقطع حكم التبعية.

(١) هذا من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: «نهى النبي ﷺ عن المخابرة والمحاكمة وعن المرابنة وعن بيع الثمر حتى يلدو صلاحها، وأن لا تباع إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا» أخرجه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦)، وأبو داود (٣٤٠٤)، والترمذي (١٢٩٠)، والنسائي (٤٥٥٠)، وابن ماجه (٢٤٥٠)، وتلخيص الحبير لابن حجر (١٢٨١/١٢٨٢، ١٢٨٣)، والبيهقي (١٣٣/٦، ١٨٢)، وابن أبي شيبه (٣٤٥/٦، ٣٤٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٣١٣/٢).

(٢) سبق تخريج هذا الحديث وهو عند البخاري (٢٣٢٨، ٢٣٢٩)، ومسلم (١٥٥١).

والثاني: أن لا تكثر الأراضي، فإن كثرت، إما بكثرة الارتفاع بالإضافة إلى النخيل، أو باتساع الساحة بالإضافة إلى مغارس النخيل، فوجهان، والأصح الصحة مهما لم يمكن إفرادها بالعمل مع الكثرة.

الثالث: أن يكون البذر من رب النخيل، فإن كان من العامل فقد حصل نوع مغايرة بين الجنسين، ففي انقطاع التبعية وجهان.

الشرط الثاني: أن يكون شجرًا غير بارزة الثمار عند المساقاة، فإن برزت الثمار نص في القديم أنها فاسدة؛ إذ لم تخرج الثمار بعمله، وهو موضوع العقد، ونص في الجديد على أنه إذا حاز قبل البروز فبعده أجوز، وعن الغرر أبعد؛ لأنه بقي العمل، والثمر صار موثقًا به.

الشرط الثالث: أن تكون الحديقة مرئية؛ فإن ساقاه على ما لم ير فطريقان: أحدهما: فيه قولان كبيع الغائب. والثاني: البطلان؛ لأنه عقد غرر فلا يحتمل فيه هذا الجهل.

الركن الثاني: في المشروط للعامل وهو الثمار:

فليكن مشروطًا على الاستهام، ومخصوصًا بهما، ومعلومًا بالجزئية لا بالتقدير، كما ذكرناه في الربح في القراض، وننبه هاهنا على أمور ثلاثة:

الأول: أنه لو ساقى على ودى نظر، فإن لم يكن مغروسًا، فقال: خذه واغرسه، فإن علق فهو بيننا، فهو فاسد؛ لأنه تسليم بذر، فهو في معنى المزارعة.

فإن قال: اغرسه ونمّه، وما حصل من الثمار فهو بيننا، فهو أيضًا فاسد؛ إذ الغرس ليس من أعمال المساقاة، وقد ضم إليها فكان كما إذا ضم غير التجارة إليها في القراض. وفي صورتين وجه: أن لا يصح، حكاه صاحب التقريب. أما إذا كان مغروسًا نظر، فإن ساقاه عليه مدة لا يثمر فيها إلا بثمره تحصل بعد المدة فهو باطل، إذ ما يحصل بعد مضي المدة لا يتعلق به العقد.

وإن كان يعلم حصوله في المدة ولو في آخر السنين، وساقاه على عشر سنين مثلاً، فهو صحيح، وخلو أول المدة عن الثمار كخلو أول السنة الواحدة.

وإن كان يتوهم الثمرة ولا يعلم، قال القاضي: إن غلب الوجود صح، وإن غلب العدم بطل، وإن تساوى الاحتمال فوجهان.

وقيل: إن غلب العدم بطل، وإن غلب الوجود فوجهان. وقيل عكسه أيضاً.
أما إذا كان بحيث يثمر كل سنة، فساقاه عشر سنين على جزء من ثمرة السنة الأخيرة: فوجهان:

أحدهما: أنه يجوز، وليقدر ما سبق معلوماً. والثاني: لا؛ لأنه تعرية العمل عن العوض في مدة وجود ما حقه أن يكون عوضاً في هذا العقد. وفي أصل زيادة مدة المساقاة على سنة كلام يجري مثله في كل إجارة، وسيأتى في كتاب الإجارة.

الأمر الثاني: لو كان في البستان عمجوة وصيحاني، فقال: ساقيتك على أن لك من الصيحاني نصفه، ومن العمجوة رבעه: لا يصح ما لم يعرف قدر العمجوة والصيحاني، أعنى الأشجار، نظراً أو تخميناً.

وإن شرط النصف منهما، فلا يشترط هذه المعرفة. وكذلك إذا ساقى رجلان واحداً على أن له النصف من نصيبهما، ولا يشترط معرفته بقدر النصيبين، وإن تفاوت الشرط وجبت المعرفة.

ولو قال: ساقيتك على النصف إن سقيت بالنضح، أو الربع إن سقيت بالسماء فهو فاسد؛ لأنه مردد بين جهتين.

الأمر الثالث: أن أحد الشريكين في النخيل لو ساقى شريكه على أن يتعاوننا على العمل فهو فاسد؛ إذ رب النخيل لا ينبغي أن يخوض في العمل.

ولو كان الشريك العامل يستبد بجميع العمل، صحت المساقاة بشرط أن يشترط له مزيداً على ما تقتضيه نسبة الملك.

فلو كان بينهما نصفين، فشرط له النصف فلم يشترط له شيء فتفسد المساقاة، ولا يستحق أجرة المثل عند المزني، ويستحق عند ابن سريج.

ولو شرط له الكل فيفسد، وفي أجرة المثل وجهان، مأخذهما: أنه لم ينو بعمله مستأجره، فضاهى الأجير في الحج، إذا نوى بعد التلبية صرف الحج إلى نفسه، فلا ينصرف إليه، وهل تسقط أجرته؟ فيه وجهان.

الركن الثالث: العمل الموظف على العامل

وله شرائط ينه عنها ما ذكرناه في القراض.

الأول: أن يكون لا يشترط عليه عمل ليس من المساقاة. الثاني: أن يستبد باليد في الحديقة؛ ليتمكن من العمل ليلاً ونهاراً. فلو شرط المالك اليد لنفسه فسد. ولو سلم المفتاح إليه، ولكن بشرط أن يدخل هو أيضاً، ففيه خلاف، والأصح الجواز.

الثالث: أن يعرف بتأقيت مدة العقد لا بتعيين العمل. ثم يجوز التعريف بالسنة العربية، وهل يجوز التعريف بإدراك الثمار؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه يتفاوت بالبرد والحر. والثاني: نعم؛ لأنه المقصود وهو متقارب. وإن عرف بالأشهر فحائز.

فرع: لوساقى سنتين، فهو شريك في كل سنة. فلو برز شيء في آخر السنة الأخيرة من الثمار، وانقضت المدة قبل الإدراك، فالعامل شريك فيما برز في مدة عمله.

الشرط الرابع: أن ينفرد العامل بعمله، وأن لا يشترط مشاركة المالك في العمل، فإن شرط فهو فاسد؛ لأنه تغيير الموضع كما في القراض.

وإن شرط أن يعمل غلام المالك معه، فقد نص الشافعي، رضي الله عنه، على الجواز، وذكر الأصحاب ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع هاهنا وفي القراض؛ لأن يد العبد يد المالك، فيبطل الاستبداد باليد. والثاني: الجواز؛ لأن العبد يكون مستعاراً على التحقيق، فالإعانة به كالإعانة بالثيران، ولا خلاف في جوازها شرطاً. والثالث: أنه يصح في المساقاة؛ إذ من الأعمال ما يجب على المالك، كبناء الجدران وحفظ الأصول كما سيأتي، بخلاف القراض فلا عمل فيه على المالك.

التفريع: إذا حكمنا بالجواز، فنفقة الغلام على من؟ إن شرط على المالك أو أطلق، فهو عليه؛ لأنه شرط إعانة، وإن شرط على العامل، ففي جواز ذلك وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه قطع لنفقة الملك عن المالك. والثاني: نعم؛ لأن الأصل أن العمل عليه، فلا يعد أن ينفق على من يعينه، وفي طريقة العراق: أنه يتبع فيه الشرط قطعاً.

وإن أطلق فثلاثة أوجه: أحدها: أنه على المالك. والثاني: أنه على العامل.

والثالث: أنه من الثمرة، وهو بعيد؛ إذ رد الشافعي، رضي الله عنه، على مالك، رحمه الله، حيث أوجب نفقة العبد على العامل عند الإطلاق، فقال: أوجب أجره مثل أجره العبد إن كنت توجب النفقة.

فرع: لو شرط أن يستأجر العامل أجيراً، والأجرة على المالك لم يجز إن لم يبق للعامل عمل، وإن بقي له الدهنقة والتحقق في الاستعمال فوجهان.

الركن الرابع: في الصيغة

وهي أن يقول: ساقيتك على أن لك نصف الثمار، أو عاملتك، فيقول: قبلت، أو أن يقول: اعمل على هذه النخيل من الثمار فقبل. فلا بد من القبول، فإن هذا العقد لازم بخلاف القراض والوكالة، ففيهما وجه تقدم.

ولو قال: استأجرتك على العمل بالنصف، فالظاهر البطلان؛ لأنه يستدعي شروطاً. وفيه وجه: أنه يجوز؛ لأنه مساقاة ولكن بلفظ الإجارة. نعم، لو كانت الثمار بارزة، وعين العمل، واستأجره بجزء من الثمر جاز بعد بدو الصلاح، وقبله غير جائز؛ لأنه شرط القطع أيضاً، فقطع الشائع غير ممكن إلا بتغيير عين المبيع، فيكون كبيع بعض النصل.

الباب الثاني: في حكم المساقاة الصحيحة

ولها أحكام ستة:

الحكم الأول: أن العامل يلزمه كل ما يتعلق به صلاح الثمار مما يتكرر في كل سنة؛ كالسقي، وتقليب الأرض، وقطع القضبان، وتنحية الحشيش، وكنس البئر والنهر، وتصريف الجريد ونقل الثمار إليه.

وما لا يتكرر في كل سنة، بل تبقى فائدته سنين، كبناء الحيطان، وشراء الشيران، ونضب الدولاب، وحفر الأنهار، والفني الجديدة، فهو على المالك، وترددوا في حفظ الثمار بالناظر، وفي جذاذها، وفي ردم ثلم يتفق في أطراف الجدران، فمنهم من رأى ذلك على العامل في العرف.

ومن هذا ذكر خلاف في صحة المساقاة المطلقة دون تفصيل الأعمال؛ لاضطراب العرف في هذه الأمور، والصحيح: الصحة عند الإطلاق. ثم يحكم كل فريق بما يراه لائقاً بالعامل.

الحكم الثاني: إذا هرب العامل قبل تمام العمل. فالقاضي يستأجر من يعمل، ويقترض عليه.

فإن عمل المالك بنفسه، أو استأجر عليه، أو استقرض: فهو متبرع ولا رجوع له،

وكل الثمار للعامل.

هذا إن قدر على الرجوع إلى القاضي. فإن لم يقدر وعمل بنفسه، أو استأجر عليه، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يرجع؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون حاكمًا لنفسه على غيره. والثاني: نعم؛ للضرورة. والثالث: إن أشهد يرجع، وإلا فلا. ثم له أن يفسخ عند هرب العامل.

فإن عجز عن استيفاء المعقود عليه، فلو قال الأجنبي: لا تفسخ حتى أنوب عنه: جاز له الفسخ؛ فرمما لا يرضى بدخوله بستانه.

فلو عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك، فالثمرة للعامل، والأجنبي متبرع عليه لا على المالك.

ثم إذا فسخ، فإن كان قد مضى شيء من العمل، فللعامل أجرة مثل ذلك المقدار، ولا نقول: توزع الثمار على نسبة أجرة المثل؛ إذ الثمار ليس معلوم المقدار في أول العقد؛ حتى يقتضى العقد فيه توزيعًا.

الحكم الثالث: إذا ادعى المالك عليه خيانة أو سرقة، فالقول قوله؛ فإنه أمين.

فإن أقام حجة نصب عليه مشرف إن أمكن أن يحفظ به، وألا تزال يده، ويستأجر عليه، ثم أجرة المشرف على العامل إن ثبت خيافته بإقراره أو بيينة، وإلا فعلى المالك.

الحكم الرابع: إذا مات المالك لم يفسخ العقد، وبقي مع الورثة. وإن مات العامل لم يفسخ أيضًا، قطع به المزني، وهو المذهب، وفيه وجه.

ثم على الوارث إتمام العمل من تركته، وله حصة من الثمار إذا تم، وإن لم يكن له تركة فله أن يتم لأجل الثمار، فإن أبى لم يجبر عليه؛ إذ لا تركة، ولا يلزمه عمل غيره، هذا إذا أوردت المساقاة على الذمة وهو شرطها، فإن أوردت على العين، ففى صحتها نظر؛ لأن فيه نوع تضيق. فإن صحح، فيفسخ بموت العامل.

الحكم الخامس: إذا خرجت الأشجار مستحقة بعد تمام العمل: يرجع العامل بأجرة مثله على الغاصب.

وقيل: إنه يخرج على قولي الغرور. وأما الثمار إن بقيت، فكلها للمالك. وإن تلفت بعد أن قسم، فما قبضه العامل لنفسه مضمون عليه، ويستقر عليه الضمان؛ لأنه أخذه عوضًا كالمشتري.

وأما حصة الغاصب إن تلف قبل القسمة، أو على الأشجار، أو تلف شيء من الأشجار، ففي مطالبة العامل به وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن أقل درجاته أن يكون كالمودع فيه. والثاني: لا؛ لأن يده تثبت على الأشجار ونصيب المالك تحقيقاً، وإنما هو عامل عليها، ويد المالك مستدامة حكماً، وهو ضعيف.

الحكم السادس: إذا تنازع العاقدان في القدر المشروط من الثمار تخالفاً وتفاسخاً، وحكم تنازعهما ما ذكرناه في القراض.

* * *

كتاب الإجارة^(١)

والإجارة صنف من البيوع، موردها المنفعة. وصحتها مجمع عليها، ولا مبالاة بخلاف ابن كيسان، والقاساني.

ويدل على صحتها: قصة شعيب واستجاره موسى^(٢)، عليهما السلام، وقوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(٣)، وقوله حكاية عن ربه تبارك وتعالى: «ثلاثة أنا خصمهم، ومن كنت خصمه فقد خصمته: رجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منفعته ولم يؤد أجره، ورجل أعطاني صفقة يمينة ثم غدر»^(٤).

ومقصود الكتاب تحصره ثلاثة أبواب:

- (١) (الإجارة): الأجرة على العمل والإجارة: عقد يرد على المنافع بعوض. وهي مثلثة الهزمة، ولكن لغة الكسر أفصح من لغتي الضم والفتح؛ (والأجر) عوض العمل والانتفاع، والأجر: المهر، جمع أجور، وفي التنزيل العزيز: ﴿فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾. انظر: المعجم الوسيط (٧/١)، والصحاح (٥٧٢/٢)، والمصباح المنير (١١/١).
- (٢) قصة شعيب واستجاره موسى، عليهما السلام، تبدأ من الآية (٢٢) إلى (٢٩) من سورة القصص، وفيها ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبْتَ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مِمَّا اسْتَجَرْتَ الْقَوَى الْأَمِينُ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَمْكِكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّاجٍ فَإِنْ تَأَمَّتْ شَرْاً فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾.
- (٣) الحديث أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)، والبيهقي (١٢٠/٦)، والطبراني في الصغير (٢/١)، وابن حجر في المطالب العلية (١٤٢١)، وتلخيص الحبير (٥٩/٣)، والهيتمي (٩٨، ٩٧/٤)، والمنذرى في الترغيب والترهيب (٢٣/٣)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (١٤٢/٧)، والزيلعي (٢٩/٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٢٩٨٧)، والطحاوي في مشكل الآثار (١٤٢/٤)، والريدي في إتحاف السادة المتقين (٤٥٩/٥)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (١٣٥٢/٤)، والألباني في إرواء الغليل (٣٢٠/٥).
- (٤) الحديث أخرجه البخاري (٢٢٢٧) عن أبي هريرة مرفوعاً قال: قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره، وأخرجه ابن ماجه (٢٤٤٢)، والبيهقي (١٢١/١٤/٦)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣٥٩/٢، ١٤٢/٤)، والزيلعي في نصب الراية (١٣٢/٤)، والمتقى في كنز العمال (٤٣٧٩٣)، والمنذرى في الترغيب والترهيب (٢٣/٣، ٣٣، ١٠/٤)، وابن حجر في فتح الباري (٤٤٧/٤)، والألباني في إرواء الغليل (٣٠٨/٥).

الباب الأول: في أركان الإجارة

وهي ثلاثة: الصيغة، والأجرة، والمنفعة. أما العاقدان: فلا يخفى أمرهما.

الركن الأول: الصيغة

وهي ثلاثة: إحداها: الإجارة والإكراء، فإذا قال: أجزتكَ الدار أو أكرتكَها. فقال: قبلت، صح، وشرطها: الإضافة إلى عين الدار، لا إلى المنفعة.

الثانية: لفظ التملك، فإذا قال: ملكتكَ منافع الدار شهراً، صح، وشرطها: الإضافة إلى المنفعة، لا إلى الدار.

الثالثة: لفظ البيع، فإن قال: بعتك الدار شهراً، فهو بيع مؤقت فاسد، وإن قال: بعتك منفعة الدار، فوجهاً:

أحدهما: الجواز، كلفظ التملك، وهو اختيار ابن سريج. والثاني: المنع، وهو الأظهر؛ لأن البيع مخصوص بالأعيان عرفاً.

الركن الثاني: الأجرة

وحكمها إن كانت في الذمة حكم الثمن، وإن كانت معينة حكم البيع، وقد سبق شرائطهما، ونبه الآن على ثلاثة أمور:

الأول: أن الإعلام شرط، فلو أجز الدار بعمارتها لم يجز؛ فإن العمارة مجهولة، ولو أجز بدراهم معلومة ليصرفها إلى العمارة لم يصح؛ لأن العمل في الصرف إلى العمارة مجهول، فتصير الأجرة مجهولة.

ولو أشار إلى صبرة من الدراهم، أو من الحنطة جزأفاً وجعلها أجرة، منهم من ألحق بالمبيع فجوز، ومنهم من ألحق برأس المال في السلم؛ لأنه عقد غرر فخرج على القولين.

الثاني: إذا استأجر السلاح بالجلد بعد السلخ، وحمال الجيفة بجلد الجيفة، والطحان بالنخالة، فهو فاسد؛ لنهيه، عليه الصلاة والسلام، عن قفيز الطحان^(١). ولأنه باع جزءاً متصلاً بعين المبيع قبل الفصل فهو كبيع نصف من الفصل.

(١) هذا من حديث أبي سعيد قال: «نهى النبي ﷺ عن عصب الفحل وعن قفيز الطحان» أخرجه الترمذي (١٢٧٣)، والنسائي (٣١١، ٣١٠/٧)، والدارمي (١٢٧٣)، والحاكم (٤٢/٢)، وابن أبي شيبة (١٣٦/١٤٥/٧)، والدارقطني (٤٧/٤)، والبيهقي (٣٣٩/٥)، والبخاري (١٣٨/٨)، وأبو نعيم (١٥٩/٦١/٩) قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٩٣/٥): في إسناده هشام أبو كليب، قال ابن قطان: لا يعرف، وكذا قال الذهبي وزاد: وحديثه منكرو، وقال معلطاي. هو ثقة، وأورده ابن حبان في الثقات. أ.هـ.

ولو استأجر المزرعة بجزء من المرتضع الرقيق بعد القطام، ومجتنى الثمار بجزء من الثمار بعد القطاف، فهو أيضاً فاسد لما سبق.

أما إذا جعل الأجرة جزءاً من الرقيق في الحال، وجزءاً من الثمار قبل القطاف، فقد أطلق الأصحاب إفساده؛ تخريجاً على ما سبق.

وزادوا فقالوا: المرتضع المشترك بين امرأة مزرعة ورجل، لا يجوز للرجل استئجارها على الرضاع؛ لأن عملها لا يصادف خاص ملك المستأجر.

وهذا فيه نظر واحتمال؛ إذ قطعوا في كتاب المساقاة بأن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه وشرط له جزءاً من الثمار حاز، وهو عمل على مشترك. ولكن قيل: ما يخص المستأجر يستحق به الأجرة، فهو محتمل هاهنا أيضاً.

الثالث: الأجرة إن أجلت تأجلت، وإن أطلقت تعجلت عندنا؛ خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

ثم إذا أجلت وتغير النقد عند الأجل، فالعبرة بحالة العقد، ولو تغير النقد في الجمالة عند العمل فوجهان: الأظهر أنها كلا إجارة.

الركن الثالث: في المنفعة

ولها شرائط: الأول: أن تكون متقومة، فلو استأجر تفاحة للشم، أو طعماً لتزوين الحانوت لم يصح؛ إذ لا قيمة لهذه المنفعة.

وكذا إذا استأجر يباعاً على كلمة لا تعب فيها؛ لترويج سلعته، فإن ذلك أخذ مال على الحشمة، لا على العمل.

واختلفوا في مسألتين: أحدهما: استئجار الدراهم والدنانير للتزوين، وكذا استئجار الأشجار لتخفيف الثياب عليها أو للسكون في ظلها، وكذا استئجارها، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: الجواز؛ لأن هذا قد يقصد. والثاني: لا؛ لأنه لا يقصد بعقد. والثالث: أنه يصح الإعارة دون الإجارة؛ لأنه لا يقصد بمال، ويقصد بالمساحة.

الثانية: استئجار الكلب. وفيه وجهان، ووجه المنع: أن إباحته لضرورة، فهو كالميتة.

الشرط الثاني: أن لا يتضمن استيفاء عين قصداً:

وفيه ثلاث مسائل: الأولى: لا يصح استئجار الأشجار لثمارها، ولا المواشى للبين

والصوف والنتاج؛ لأنها أعيان بيعت قبل الوجود.

الثانية: استئجار امرأة للحضانة والإرضاع جائز، واللبن تابع، وهو كالماء فى إجارة الأرض، ولو استأجر على مجرد الإرضاع دون الحضانة فوجهان:

أحدهما: لا، كاستئجار الشاة بلبنها لإرضاع السحلة. والثانى: يجوز؛ لأن لبن آدمية لا يقصد منفصلاً، فهو فى معنى المنفعة، والحاجة تمس إليه.

الثالثة: استئجار الفحل للضراب، فيه وجهان، والأصح المنع؛ لأنه نهى عن ثمن عسب الفحل^(١)، ولأنه غرر لا يقدر عليه.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها حساً وشرعاً.

وفيه أربع مسائل: الأولى: إذا استأجر أخصرس على التعليم، أو أعمى على الحفظ، فسد. وكذا لو استأجر من لا يحسن القرآن على التعليم، إلا إذا وسع عليه وقتاً يقدر فيه على التعلم أولاً ثم على التعليم، ففيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العجز محقق، والتعلم قد لا يتفق. والثانى: نعم؛ وكأنه يضاهاى سلم المفلس.

الثانية: استأجر قطعة أرض لا ماء لها فى الحال، نظراً:

فإن لم يتوقع لها ماء أصلاً، فإن استأجر للزراعة فسد، وإن استأجر للسكون جاز. وإن أطلق فكان على قلة جبل لا يطمع فى الزراعة ينزل على السكون. وإن كان يطمع فى الزراعة، فمطلقه للزراعة فيفسد، إلا إذا صرح بنفى الماء.

وهل يقوم علم المستأجر بعدم الماء مقام صريح النفى؛ حتى يصح عند الإطلاق؟ فيه وجهان.

ووجه المنع: أن مفهوم اللفظ مطلقاً فى مثل هذه الأرض للزراعة مالم يصرح بنفى الماء.

أما إذا كان يتوقع: إن كان نادراً، فالعقد فى الحال للزراعة فاسد، وهو كبيع الآبق لتوقع عوده.

وإن كان يغلب وفاء المطر والسيل بما يحصل المقصود ويتوهم خلافه، فظاهر كلام

(١) سبق تخريج وتحقيق أحاديث فى النهى عن ثمن عسب الفحل.

الشافعي، رضى الله عنه، وهو اختيار القفال: فساد؛ لأن العدم فى الحال معلوم، والوجود موهوم من بعد، بخلاف ما لو كان للأرض ماء غد. وشرب معلوم، فإن الانقطاع موهوم، ولكن الوجود مستصحب.

وقال القاضى: يجوز؛ لأن الماء الموجود فى النهر لا يبقى بعينه إلى وقت الزراعة، ولكن يغلب تجدد مثله، فكذلك هاهنا يغلب وفاء المطر والسييل فلا فرق.

أما إذا استأجر قطعة أرض على شط دجلة، والماء زائد، وقد استولى عليها، وانحساره عنها موهوم، فالعقد باطل.

وإن كان ناقصاً، والزيادة موهومة، فالعقد فى الحال صحيح. وإن كانت الزيادة متيقنة فلا. وإن كان الماء مستوياً عليها، ولكن الانحسار معلوم، قال الشافعي، رضى الله عنه: العقد صحيح.

فإن قيل: فالأرض غير مرئية؟ قلنا: لعله فرع على قول صحة شراء الغائب، أو فرض فيما إذا تقدمت الرؤية، أو كان الماء صافياً لا يمنع الرؤية. فإن فرض خلاف ذلك كله لم يصح.

فإن قيل: وإن تقدمت الرؤية، ففى الحال لا يمكن الانتفاع بها؟ قلنا: هو كاستئجار دار مشحونة بالأقمشة، واستئجار أرض فى الشتاء، فإنه فى الحال لا يزرع، ولكن يتسلط عليها المستأجر بالإجارة والتصرف الممكن.

وذكر الشيخ أبو محمد وجهاً فى إجارة الدار المشغولة بالأمثلة، بخلاف بيعها؛ لأن المنفعة تراخى فيصير كإجارة السنة القابلة.

الثالثة: إجارة الدار للسنة القابلة فاسدة، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله؛ لأن التشاغل بالاستيفاء فى الحال غير ممكن، فيتراخى التسليط على العقد الوارد على منفعة عين.

فرعان: أحدهما: لو أجره شهراً، ثم أجر الشهر الثانى منه لا من غيره: فوجهان: أصحهما: المنع؛ لأن العقد الأول قد يتفسخ بسبب، فشرط العقد الثانى لا يتحقق بالأول. والثانى: الجواز؛ لتواصل الاتصال، فهو كما لو أجر شهرين فى صفقة واحدة.

الثانى: إذا قال: استأجرت هذه الدابة لأركبها نصف الطريق، وأترك إليك النصف، قال المزنى: هو فاسد؛ إذ لا يتعين له النصف الأول، فينقطع بحكم المناوبة، ويصير كالإجارة للزمان القابل.

ومن الأصحاب من صحح ونزل على استحجار نصف الدابة، وأحال التقطع على موجب المهايأة والقسمة، لا على العقد.

ولو صرح باستحجار نصف الدابة، فالظاهر صحته، فهو كما لو استأجر نصف دار. وفيه وجه آخر: أنه يفسد؛ لأن الجمع غير ممكن، فيؤدى إلى التقطع، بخلاف الدار الواحدة، وتحمل الدابة، إذ يحتمل عليه الشريكان فلا ينقطع.

الرابعة: العجز الشرعي كالعجز الحسي في الإبطال.

فلو استأجر على قلع سن سليمة، أو قطع يد سليمة، أو الحائض على كنس المسجد، أو المسلم على تعليم القرآن لدمى لا يرجى رغبته في الإسلام، أو على تعلم السحر أو الفحش والخنا، أو تعلم التوراة و الكتب المنسوخة، فكل ذلك حرام، والعقد عليه فاسد؛ لأنه معجوز شرعاً عن تسليمه.

أما إذا كانت السن وجمعة، أو اليد متأكلة، فالأصح جواز القلع والقطع، وصحة الاستحجار.

فرع: إذا استأجر منكوحة الغير على عمل دون رضا الزوج، ففسد، فإنها مستحقة التعطيل لحق الزوج، وبإذنه يصح.

ولو استأجرها الزوج لإرضاع ولده حاز. وذكر العراقيون وجهاً: أنه ممنوع؛ لأنه مستحق له، وهو ضعيف.

أما إذا التزمت عملاً في الذمة، صحت الإجارة دون إذن الزوج. ثم إن وجدت فرصة وعملت بنفسها استحققت الأجرة.

وفي إجارة الحائض لكنس المسجد احتمال، مأخذه صحة الصلاة في الدار المغصوبة. ولكن المنقول ما ذكرناه.

الشرط الرابع: حصول المنفعة للمستأجر:

وفيه مسائل: الأولى: لا يصح استحجار دابة ليركبها المكرب؛ فإن العوضين يجتمعان له. وكذا لا يجوز استحجاره على العبادات التي لا تجرى النيابة فيها، فإنها تحصل له، بخلاف الحج وغسل الميت، وحفر القبور ودفن الموتى، وحمل الجنازة، فإن الاستحجار على جميع ذلك يجوز؛ لدخول النيابة.

أما الجهاد: فلا يجوز استحجار المسلم عليه؛ لأنه داخل تحت الخطاب فيقع عنه. ويجوز

للإمام استحجار أهل الذمة على الجهاد؛ لأنهم لم يدخلوا تحت خطاب الجهاد.

وكذلك لا يجوز الاستحجار على الإمامة في فرائض الصلوات.

أما الاستحجار على الأذان، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا، كالجهد فإنه من الشعائر. والثاني: نعم؛ لأن فائدته تحصل للناس في طلب وقت الصلاة. والثالث: يجوز للقاضي والإمام، ولا يجوز لآحاد الناس.

وفي الاستحجار على إمامة التراويح خلاف، والأصح المنع؛ إذ لا يتميز المستأجر بفائدة مقصودة عن الأجير.

أما الاستحجار على التدريس في جنسه، وكذا استحجار المقرئ على هذا الوجه، متردد بين الجهاد؛ لأنه من فروض الكفايات، وبين الأذان لأن فائدته تختص بالآحاد.

أما الاستحجار على تعليم مسألة معينة من شخص معين، فلا خلاف في جوازه فلا يتعين، كما رأينا أسلمت ولزمها تعلم الفاتحة، فنكحها رجل على التعليم، ولم يحضر سوى ذلك الرجل، ففيه خلاف. والأصح الصحة؛ إذ ليس يتعين عليه التعب بجائنا، بل يجب ببذل، كما في بذل المال في صورة المخصصة.

وعلى الجملة: فكل عمل معلوم مباح يلحق العامل فيه كلفة، ويتطوع به الغير عن الغير، فيجوز الاستحجار عليه، ويجوز جعله صداقاً.

الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة:

وتفصيلها ببيان أقسام الإجارة، وهي ثلاثة أقسام:

الأول: استصناع آدمي:

وذلك يعرف إما بالزمان، أو بمحل العمل، كما إذا استأجر على الخياطة فيعين الثوب، أو يقول: استأجرتك يوماً للخياطة. ولو جمع بينهما وقال: استأجرتك لتخيط هذا الثوب في هذا اليوم، فيه وجهان: أحدهما: المنع؛ لأن تفريع الجواز يفضي إلى خبط، إن تم العمل قبل مضي اليوم أو على العكس.

ولو استأجر على تعليم القرآن: إما أن يعرف بالزمان، أو بمقدار السور وتعيينها، ولا يشترط أن يجبر فهم المتعلم، ولا فائدة أيضاً في شرط رؤيته.

ولو استأجر على قدر عشر آيات ولم يعين السورة فوجهان: ووجه المنع: تضادتها

أيضاً في عسر الحفظ ويسره.

ووجه الجواز: أن رسول الله ﷺ قال: «زوجتكها بما معك من القرآن»^(١)، ولم يعين السورة، وقيل: إنه كان عشر آيات من أول البقرة.

والاستحجار على الرضاع يعرف فيه المدة والصبي؛ لأن الغرض يختلف به اختلافاً ظاهراً، والموضع الذي فيه الرضاع.

ولا يبالى بما يتطرق إليه من جهالة بسبب تعرض الصبي للأمراض، وزيادة حاجته ونقصانها، وهذا يدل على نوع من التساهل في الإجارة للحاجة.

القسم الثاني: في استحجار الأراضى:

وفيه صور: الأولى: أن يستأجر للسكون، فيشترط أن يعرف من الدار والحنوت والحمام كل ما يختلف به المنفعة، فيرى في الحمام: البيوت، وبئر الماء، والقدر، ومطرح الرماد، ومبسط القماش، وموضع الوقود، والأتون، ومجمع فضلات الماء، كما يراه المشتري، ويعرف قدر المنفعة بالمدة.

فإن استأجر سنةً فذلك، وإن زاد فثلاثة أقوال: والأصح: أنه لا يتقدر بمدة، بل يتبع التراضى؛ إذ لا توقيف في التقدير. والثاني: أنه لا يزيد على سنة، فإنه أثبت للحاجة. والثالث: أنه ينتهى إلى ثلاثين سنة ولا يزداد عليه؛ لأنه يصير فى معنى البيع.

التفريع: إذا جوزنا الزيادة وهو الصحيح، فلو أجر سنين، فهل يشترط بيان حصة كل سنة فى الأجرة؟ فوجهان:

أحدهما: لا، كبيان الأشهر فى سنة واحدة. والثانى: نعم؛ إذ يغلب تفاوت أجرة المثل، وربما تمس الحاجة إلى معرفته فى التفاسخ إن اتفق.

فرع: لو قال: أجزتك سنة، فالأظهر: أنه يصح، وينزل على السنة الأولى بالعرف.

وقيل: إنه فاسد لأنه لم يصرح بالتعيين. ولو قال: أجزتك كل شهر بدينار، ولم يقدر عدد الأشهر فهو فاسد، إذ لا مرد له.

(١) أخرجه البخارى (٥٠٨٧)، ومسلم (١٤٢٥/٧٧/٦٧)، وأبو داود (٢١١١)، والترمذى (١١١٤)، والدارمى (١٤٢/٢)، والبيهقى (٢٤٢/٧)، والربيع بن حبيب فى مسنده (٣١/٢)، وابن حجر فى فتح البارى (١٩٧/٩، ٢١٤/١٩٨)، والألبانى فى إرواء الغليل (٢٢٢/٦)، (٣٥١).

وقال ابن سريج: يصح فى الشهر الأول؛ لأنه معلوم، والباقى يبطل فيه، وهو ضعيف؛ لأن نظيره من الصبرة قوله: بعثك كل صاع بدرهم، ولم يقل: بعثك الصبرة.

الثانية: إذا استأجر الأرض للزراعة، فلو قال: أكريتك لتنتفع كيف شئت، صح، وجاز البناء والغراس والزراعة، وكل ما أمكن من المنفعة.

ولو اقتصر على قوله: أكريتك فسد؛ لأنه لم يعين منفعة، ولا فوض إلى مشيئته. ولو قال: أكريتك للزراعة ولم يعين جنس الزرع، فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الذرة أضرم من القمح. والثانى: نعم، ويحمل الإطلاق بعد التعرض لجنس الزرع على ما يشاء.

الثالثة: إذا قال: أكريتك إن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها، فالظاهر الصحة، كما إذا قال: انتفع كيف شئت. وقيل: إنه فاسد، كما لو قال: بعثك بألف إن شئت مكسرة، وإن شئت صحيحة.

أما إذا قال: أكريتك فازرعها واغرسها، ولم يبين قدر ما يزرع فيه، اختيار المرنى وابن سريج: بطلانه؛ لجهالة القدر. وقال أبو الطيب بن سلمة: يصح، وينزل على النصف.

الرابعة: إذا أكرى الأرض للبناء، وجب بيان عرض البناء، وفى التعرض للارتفاع والقدر خلاف، والأظهر: أنه لا يشترط.

القسم الثالث: استئجار الدواب:

وهى تستأجر لأربع جهات: الأولى: الركوب، فيشترط أن يعرف المستأجر الدابة بأن يراها، وإلا فهو إجارة غائب.

والآخر يعرف قدر الراكب، برؤيته أو بسماع وصفه فى الطول والضحامة؛ حتى يعرف وزنه تخميناً، ولا يشترط التحقيق بالوزن.

ويعرف المحمل بالصفة فى السعة والضيق، والوزن، فإن ذكر الوزن دون الصفة، أو الصفة دون الوزن، فوجهان.

وقال أبو إسحاق المروزي: إن كانت محامل بغداد، فالإطلاق يكفى؛ لأنها متقاربة وتنزل منزلة السرج والإكاف، فإنها لا توصف؛ لتساويها.

ويذكر تفصيل للعاليق، فإن ذكرت من غير تفصيل، قال الشافعي، رضى الله عنه: القياس أنه فاسد؛ للتفاوت، قال: ومن الناس من ينزله على وسط مقتصد. فمن الأصحاب من جعل هذا أيضًا قولاً له.

وأما تقدير الطعام في السفرة، ففيه وجهان مرتبان، وأولى بوجوب التعريف، بل الصحيح وجوبه؛ لأنه يتفاوت تفاوتاً لا ينضبط، ويجب ذكر تفصيل السير أو السرى، ومقدار المنازل إن لم يكن مضبوطاً بالعادة، وإن انضبط بالعادة نزل عليهما.

هذا إذا كانت الإجارة على عين الدابة، فإن أورد على الذمة فيشترط وصف الدابة أفرس، أم بغل، أم جمل؟ وهل يشترط التعرض لكيفية السير؟ مثل كونه مهملاً، أو بحراً، أو قطوفاً؟ فيه وجهان.

ويدخل التأجيل فيه، فيقول في المحرم: ألزمتك أن تركبني غرة المحرم؛ لأنه في الذمة فأشبه السلم، ولفظ الإجارة في الذمة أن تقول: ألزمت ذمتك إركابي كذا فرسخاً، أو ألزمت ذمتك تسليم مركوب إلى أركبه كذا فرسخاً، فيقول: التزمت.

الجهة الثانية: استحجار الدابة للحمل: وحكمه حكم الركوب، إلا في أمرين:

أحدهما: أن معرفة وزن المحمول تحقيقاً شرط إن كان غائباً، بخلاف تحقيق وزن الراكب، وإن كان الحمل حاضراً فشاله باليد وعرف قدره تخميناً كفى.

والثاني: أنه إن كان في الذمة لا يشترط ذكر جنس الدابة، أبغل، أم فرس؛ إلا إذا استأجر لحمل زجاج فقد يختلف الغرض به.

الجهة الثالثة: الاستقاء: وهو كالحمل فيعرف قدر الماء، ويريد أنه يتكرر فيعرف قدر كل كرة، ويعرف عمق البئر، أو الدولاب، وقد تحتاج فيه إلى التعيين إذا كان لا ينضبط بالوصف.

الجهة الرابعة: الحرالة: فإن قدر بالزمان لم يجب تعريف الدابة ورؤيتها، وإن ضبط بقدر الأرض وجب معرفة الدابة على المكثري، ومعرفة الأرض على المكثري، أهى سهلية أم جبلية؟ فإن كانت مستورة بالتراب فلا يكفي النظر إلى وجهتها ما لم يعرف جنسها، هذا تفصيل العلم، والعرض إنما يتفاوت المقصود به تفاوتاً لا يتسامح بمثله في المعاملة؛ وجب بيته، هذا جملته وتفصيله فليعتبر بما ذكرنا مالم نذكر قياساً عليه.

الباب الثاني فى بيان حكم الإجارة الصحيحة

وفيه فصلان:

الفصل الأول فى موجب الألفاظ المطلقة لغة وعرفاً

ويرتبط النظر فيه بأقسام الإجارة، وهى ثلاثة:

القسم الأول: فى الامتناع:

وفيه مسألتان: إحداهما: الامتناع. واستئجار الأرض للزراعة يستتبع استحقاق الشرب قطعاً، وإن لم يذكر؛ للعرف.

واستئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط؛ إذ العرف لا يقتضيه. واستئجار الحاضنة للحضانة هل يستتبع الإرضاع، وكذا الاستئجار للإرضاع، هل يستتبع الحضانة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ إذ كل واحد يمكن إفراجه بنفسه على ظاهر المذهب، كما سبق، فإفراد أحدهما بالذكر يدل على تخصيصه، وعلى هذا ليس على المرضعة إلا وضع الثدي فى فم الصبى، وباقى الأعمال فى تعهد الصبى على الحاضنة. والثانى: أن كل واحد يتبع صاحبه؛ لأن العرف قاض بأن ذلك لا يتولاه شخصان، بل يتلازمان. والثالث، وهو اختيار القاضى: أنه إن استؤجرت للإرضاع استتبع الحضانة؛ كى لا تبقى الإجارة فى مقابلة مجرد العين، فإن الأصل فى الإجارة المنفعة. وإن استؤجرت للحضانة لم يستتبع الإرضاع.

وأما الخبر فى حق الوراق، والصبيغ فى حق الصباغ، فيه طريقتان: منهم من قال: هو كاللبن فى حق الحاضنة، فيخرج على الخلاف فى اتباعه، وإن لم تحكم بالتبعية، فإن شرط فيه وهو مجهول جاز، كما فى اللبن.

ومنهم من قطع بأن الخبر والصبيغ مستقل، وهو مستتبع لا تباع، فإن شرط فلا بد وأن يذكر ويعرف، ثم يكون جمعاً بين بيع وإجارة، بخلاف اللبن فإنه لا يفرد اعتياداً.

فرع: لو انقطع لبن المرضعة، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يفسخ؛ لأن اللبن كل المقصود. والباقى تابع. والثانى: يثبت الخيار؛ لأن الأصل عمل الحضانة. وهذا عيب.

والثالث: أن كل واحد مقصود، فهو كما لو استأجر عيدين فقتل أحدهما.

المسألة الثانية: إذا نسي المعلم ما حفظ:

قيل: إن كان ما دون سورة: يجب على المعلم إعادته. وقيل: ما كان دون آية. وهو تحكم. ولعل الأصح: أن ما نسي في مجلس التعلم يجب إعادته، وكأنه لم يثبت في نفسه بعد، وما نسي بعد مجلس التعلم فهو من تقصير الصبي.

القسم الثاني: في استئجار الأراضى والدور:

أما الدور، ففيها مسألتان: إحداهما: إقامة جدار مائل، وإصلاح جذع منكسر، وما يجرى مجراه من مرمة لا يحتاج فيها إلى تجديد عين: يجب على المكري إدامته؛ لتوفير المنفعة.

فإن افتقر إلى إعادة جدار مائل أو جذع، فإن فعل استمرت الإجارة ولا خيار، وإن أبى فللمكترى الخيار. وهل له إجباره على إعادته؟ قال العراقيون: لا، وهو مذهب أبى حنيفة، رحمه الله؛ لأنه إزام عين جديدة لم يتناولها العقد.

وقال القاضى والشيخ أبو محمد: يجبر عليه وفاء بتوفير المنفعة. وكذا الخلاف إذا غصبت الدار وقدر المكري على انتزاعها، هل يلزمه؟ وكذا الخلاف إذا ضاع المفتاح، هل يجب عليه إبداله؟ ولا خلاف في أن تسليم المفتاح واجب، ولو ضاع في يد المكترى فهو أمانة، وليس على المكري إبداله.

والدعامة التى تمنع من الانهدام إذا احتيج إليها، فى معنى جذع جديد؟ أو فى معنى إقامة مائل؟ فيه تردد.

فروع: لو أجر داراً ليس لها باب ومزrab لم يلزمه إحداثه قطعاً؛ إذ لم يلتزمه أصلاً. نعم، إن جهله المكترى فله الخيار.

المسألة الثالثة: تطهير الدار عن الكناسة، والأتون عن الرماد، وعرضة الموضع عن الثلج الخفيف على المكترى. وتطهير السطوح عن الثلج ليس على المكترى، بل إن فعله المكترى فذاك، وإن تركه فهو المستضر به، فإن انهدم به الدار فللمكترى الخيار.

وأما تنقية البالوعة والحش، فقيه وجهان: أحدهما: أنه على المكترى، ككتس العرصة^(١). والثانى: على المكري؛ إذ به يتهيأ للارتفاع. ولا خلاف فى أنه إذا انتقضت

(١) العَرَصَةُ: ساحة الدار. والبُقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها. انظر: المعجم الوسيط (٢/٥٩٣).

المدة، لا يطالب المكثري بالتنقية عند الخروج من الدار، ويطالب بتنقية العرصة من الكناسات.

وقولنا: في دوام المدة عليه، أردنا به: إن أراد الانتفاع لنفسه.

فرع: لو طرح في البيت ما يتسارع إليه الفساد، هل يمسح منه؟ فيه وجهان، والصحيح: أنه لا يمنع، فإنه معتاد في الدور.

أما الأراضي، ففيها ثلاث مسائل:

الأولى: إذا استأجر أرضاً للزراعة ولها شرب، اتبع موجب الشرط في الشرب، وإن لم يكن شرط فالعرف، فإن لم يكن عرف فاستؤجرت للزراعة، فوجهان:

أحدهما: الاتباع؛ لأن لفظ الزراعة كالشرط للشرب، إذ لا يستغنى عنه. والثاني: وهو الصحيح، أنه لا اتباع؛ إذ موجب اللفظ يزداد عليه بعرف غير مضطرب، فإذا اضطرب اقتصر على موجب اللفظ.

ومنهم من قال: تفسد هذه الإجارة؛ لأن المقصود صار مجهولاً بتعارض هذين الوجهين.

المسألة الثانية: إذا مضت مدة الإجارة، والزرع باقٍ نظر.

فإن كان السبب تقصير المكثري وتأخيرته فللمكثري قلعه مجاناً، وله إبقاؤه بأجرة. وإن كان السبب برد الهواء فلا يقلعه مجاناً، بل يتركه بأجرة؛ لأنه غير مقصر. وفيه وجه: أنه يقلع مجاناً كالتقصير. وإن كان السبب كثرة الأمطار المانعة من المبادرة إلى الزراعة، فهذا متردد بين التأخير وبين برد الهواء.

وإن كان السبب قصر المدة المشروطة، كما إذا استأجر الأرض لزراعة القمح شهرين، فإن شرط القلع مجاناً فله ذلك، فقلعه ليس ينبغي إلا القصيل.

وإن شرط الإبقاء فالإجارة فاسدة؛ لتناقض التأقيت وشرط الإبقاء. وإن سكت، قال الشيخ أبو محمد: ينزل على شرط الإبقاء، فيفسد؛ لأن الزرع يقصد ليبقى في العادة، فهو كما إذا استأجر دابة يوماً ليسافر بها إلى مكة من بغداد، وإليه يشير نص الشافعي رضي الله عنه. ومنهم من قال: إنه يصح؛ لأن المدة معلومة، وقد يقصد القصيل.

ثم في جواز القلع وجهان:

أحدهما: لا يقلع مجاناً؛ كالإعارة المؤقتة. والثاني: يقلع؛ لأن فائدة تأقيت الإعارة طلب الأجرة بعد المدة، وهاهنا الأجرة في المدة لازمة، فلا تظهر فائدة سوى القلع.

وعلى الجملة: نقل وجه من هاهنا إلى تأقيت الإعارة متجه، وكذلك في إجارة الأرض للبناء والغراس في جواز القلع بعد المدة هذا الخلاف، مع القطع في العارية المؤقتة بأنه لا يجوز القلع بعد المدة، والتسوية متجهة.

ثم إذا فرعنا على أن الإجارة المؤقتة كالعارية المؤقتة، وأن القلع مجاناً بعده لا يجوز، فيتخير بين القلع بأرض أو الإبقاء بأجرة، أو التملك بعوض كما في العارية.

فإن اختار القلع، فمباشرة القلع أو بدل مؤنته على من؟ في كلام الأصحاب فيه تردد، يحتمل أن يقال: على المكتري، فإنه تفريع الملك، وهو الذي شغله، وإنما على المالك أرض النقصان.

ويحتمل أن يقال: إن أراد المالك القلع، فليباشره، وعلى هذا لو أبى المكتري القلع أو التمكين منه، ذكرنا في العارية أنه يقلع مجاناً، وذكر هاهنا وجه يطرد أيضاً في العارية: أنه يقلع ويغرم له، كالمالك إذا منع المضطر الطعام لا يطل حقه، لكن يؤخذ قهراً بعوض.

المسألة الثالثة: لو استأجرها للقمح فليس له زراعة الذرة.

ولو استأجر للذرة، فله زراعة القمح؛ لأن ضرره دونه. ولو شرط المالك المنع عن القمح، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتبع الشرط؛ فهو المالك. والثاني: يفسد الشرط، فهو كقوله: أجزت بشرط أن لا تلبس إلا الحرير.

والثالث: أن العقد يفسد، كما لو شرط أن لا يؤاجر الأرض المستأجرة. ولو نفى الذرة، فزرعها، فللمكري المبادرة إلى القلع في الحال.

ولو زرع ما ضرره دون ضرر المشروط. ولكن يطول بقاؤه، فهل له في الحال قلعه؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا ضرر في الحال. والثاني: نعم؛ لأنه مضر في جنسه بطول البقاء.

فرع: لو شرط القمح، فزرع الذرة، فلم يقلع حتى مضت المدة:

قال الشافعي، رضى الله عنه: يتخير بين أن يطالب بأجرة المثل، أو يطالب بالمسمى وأرض نقصان الأرض.

قال المزني: الأولى بقوله المسمى وأرض النقص. فمن الأصحاب من قال: هذا يدل على اضطراب قول، وحاصل ما فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يتعين المسمى وأرض النقص؛ إذ صحت الإجارة، ولم يعدل عن جنس الزراعة، فهو كما لو استأجر دابةً لحمل خمسين فحمل مائة، يثبت المسمى وزيادة.

والثاني: تتعين أجرة المثل؛ إذ ترك المعقود عليه، فصار كما لو استأجر للزراعة فبنى. والثالث: أنه يتخير، كما قال الشافعي، رضى الله عنه؛ لأن الذرة بضاهى القمح من وجه، ويخالفه من وجه، فالخيار للمالك.

ومن الأصحاب من طرد الأقوال في العدول عن الزرع إلى البناء والغراس.

القسم الثالث: في استئجار الدواب:

وفيه سبع مسائل: الأولى: يجب على مكري الدابة تسليم الحزام والثغر، والإكاف، وفي الإبل: البرة والحطام والبرذعة. وفي السرج خلاف في إكراء الفرس، والمتبع في كل ذلك العرف. أما المحمل والمظلة والغطاء، والحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر: على المكترى.

أما آلات النقل؛ كالوعاء، فعلى المكترى إن وردت الإجارة على عين الدابة، وإن التزم في الذمة نقل متاعه فعلى المكري. والدلو والرشاء في الاستقاء، كالوعاء، والمتبع في كل ذلك العرف.

الثانية: إذا استأجر للركوب ولم يتعرض للمعاليق، ففي اقتضائه تعليق المعاليق وجهان: أحدهما: يقتضيه؛ للعادة. والثاني: لا؛ إذ رب راكب لا معلاق له.

فإن قلنا: إنه يقتضيه، فهو كما لو ذكر المعلاق ولم يفصله، وقد ذكرنا خلافًا في أنه مجهول، أم يحكم فيه العرف؟

فروع: الصحيح أن الطعام يجب تقديره، فلو قدر عشرين منًا، فإذا فنى هل يجوز إبداله؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم، كسائر المحمولات. والثاني: لا؛ لأن العادة في الطعام أن تنزفه الدابة إذا لم يبق. والثالث: أنه يدل إن فنى الكل، وإن فنى شيء منه فلا يبدل كل ساعة.

الثالثة: كيفية السير والسرى ينزل فيه على العادة أو الشرط، وكذا النزول على العقبات، يقتضيه مطلق الإجارة.

فلو تنازعا في المنزل، فإن كان في صيف فالصحراء، وإن كان في شتاء ففي القرى. وقد يختلف بالأمن والخوف، فينزل في وقت الخوف في القرى، وفي الأمن في الصحراء. فإن لم يكن عرف، فسدت الإجارة إن لم يشترط.

والنزول عن الدابة، والمشى رواحاً معتاد، فإن أبقى فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان، ووجه المنع: أن العادة التبرع به لمن أراد، لا كالنزول على العقبة.

الرابعة: يجب على المكري إعانة الراكب في النزول والركوب، إن كان الراكب مريضاً أو شيخاً أو امرأة.

هذا إذا التزم بتبليغ الراكب المنزل في الذمة. فإن أورد على عين الدابة وسلم ففيه خلاف، ولعله يختلف باختلاف أحوال المكري في العادة.

أما الإعانة على الحمل، فالصحيح: أنه يجب؛ إذ العرف فيه غير مختلف، والاستقلال بالحمل غير ممكن، بخلاف الركوب. ورفع المحمل وحطه أيضاً على المكري، كالإعانة على الحمل.

وشد أحد الحملين إلى الآخر في الابتداء على من؟ فيه وجهان، من حيث إنه مردد بين تنضيد الأقمشة، وهو على المكري، وبين الخط والرفع.

ثم قال الشافعي، رضى الله عنه: إن تنازعا في كيفية الركوب في المحمل جلس لا مكبوتا ولا مستلقياً، أى مستوياً غير مخفوض أحد الجانبين من أسفل أو من قدام.

الخامسة: إذا استأجر للحمل مطلقاً، فله أن يحمل ما شاء.

والأظهر: أن اختلاف الحديد والقطن والشعير، كاختلاف القمح والذرة، حتى يشترط التعرض له في وجهه، ثم إن شرط الشعير حمل الحنطة، إذ لا فرق، ولا يحمل الحديد. ولو شرط الحديد حمل الرصاص والنحاس؛ للتقارب، ولا يحمل القطن، وكذا إذا شرط القطن لا يحمل الحديد، لاختلاف جنس الضرر. أما الوعاء: هل يحتسب إن قال: التزمت حمل مائة من الحنطة؟ فالوعاء وراءه، فإن تماثلت الغرير في العرف حمل عليه، وإلا شرط ذكر وزن الظرف.

فإن قال: أحمل مائة من، فالظاهر أنه مع الظرف. وفيه وجه أنه كالصورة الأولى. ولو

قال: أحمل عشرة أصع بدرهم، وما زاد فبحسابه، فهو فى عشرة أصع صحيح، وفى الباقي فاسد؛ لأنه لا مرد له.

السادسة: إذا تلفت الدابة المعينة انفسخت الإجارة. وإن وردت على الذمة وسلمت الدابة، فتلفت، جاز للمكرى إبدالها، ولم تنفسخ، وكذا إذا وجد بها عيباً لم يكن له الفسخ، كما إذا وجد بالمسلم فيه عيباً، نعم يفيد القبض فى الدابة وإن لم يعين فى العقد تسلط المستأجر على إيجارتها، والاختصاص بها إن أفلس المكرى؛ حتى يقدم على الغرماء بمنافعها.

لو أراد المالك إبدالها فى الطريق دون رضاه، فيه تردد. والأصح: أنه إن قال: أجزت دابة من صفتها كذا وكذا، ثم عين لم يجز له الإبدال، وإن قال: التزمت إركابك إلى البلد الفلانى جاز الإبدال.

السابعة: فى إبدال متعلقات الإجارة. أما المستوفى، وهو الراكب: فيجوز إبداله بمثله. وأما المستوفى منه، وهو الأجير والدابة والدار، فلا يجوز الإبدال بعد ورود الإجارة على العين. وأما المستوفى فيه، وهو الثوب فى الخياطة، والصبي فى التعليم، والمسافة فى البلاد والطرق، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الجواز؛ لأن الإجارة لا تتعلق بهذه الأشياء، كالمستوفى. والثانى: لا، كالمستوفى منه. والثالث: أنه لا إيجاب فيه، ولكن بالتراضى يجوز، من غير تصريح بمعاوضة وشروطها.

فرع: إذا استأجر ثوباً للبس فلا يبيت فيه ليلاً، وكذا فى وقت القبلولة، وفى وقت القيلولة وجه. وليس له الانتزاع به؛ لأن ضرره فوق اللبس. وفى الارتداء به وجهان؛ لأن ضرره جنس آخر.

الفصل الثانى: فى الضمان

والنظر فى المستأجر والأجير:

أما المستأجر: فيده يد أمانة فى مدة الانتفاع، ولو انهدمت الدار المستأجرة أو تلف الثوب المستأجر للبس أو الدابة المستأجرة للركوب بغير عدوان، فلا ضمان؛ لأن توفية المنفعة واجبة على الأجر، ولا يتوصل إليه إلا بإثبات يد المستأجر، فكأنه يمسكه لغرض الأجر.

أما إذا تعدى بضرب الدابة من غير حاجة أو سبب آخر فتلف، ضمن ضمان العدوان.

أما إذا انقضت المدة، قال الشافعي، رضى الله عنه: ولو حبسه بعد المدة فتلف ضمن. واختلف الأصحاب، فمنهم من قطع بأن يده يد أمانة بعد المدة، كما فى المدة، وأنه لا يلزمه مؤنة الرد، وإذا تلف فلا ضمان، وأراد الشافعي، رضى الله عنه، ما إذا حبس بعد المطالبة. ومنهم من قال: يده بعد المدة كيد المستعير، فعليه مؤونة الرد والضمان.

فأما قبل الانتفاع إذا سلم إليه الدابة، فربطها فى الإصطبل فماتت: فلا ضمان قبل مضى مدة الانتفاع. فإن انهدم عليها الإصطبل، قال الأصحاب: يجب الضمان؛ إذ لو ركب فى الطريق لكان آمناً من هذه الآفة.

أما الأجير على الدابة للرياضة، وعلى الثوب للخياطة، وعلى الخبز للخبز، فضا من إن تلف المال بتقصيره فى العمل.

وإن لم يقصر وتلف بآفة، نظر: إن كان فى دار المالك وفى حضوره، والشئ فى يد المالك فلا ضمان. وإن كان فى يد الأجير ودكانه، ففيه ثلاثة أقوال: الأصح: أنه لا ضمان.

قال الربيع: اعتقد الشافعي، رضى الله عنه، أن لا ضمان على الأجير، وأن القاضى يقضى بعلمه، ولكن كان لا يوح به خيفة القضاة سوء والآجر سوء.

ويتأيد ذلك بأن الراعى إذا تلفت الأغنام تحت يده بالموت بآفة سماوية لا يضمن إجماعاً، وعامل القراض لا يضمن إجماعاً، والمستأجر لا يضمن إجماعاً. والثانى: أنه يضمن.

ويتأيد ذلك بآثار من الصحابة، وفيه مصلحة للناس صيانةً للمال من الأجراء السوء، ولأن العمل وجب عليه وإنما هو مستعير للثوب لغرض نفسه، حتى يوفى عمله بواسطته، بخلاف المستأجر.

والثالث: أن الأجير المشترك الذى يقدر على أن يحصله بنفسه وغيره يضمن، والمنفرد المعين شخصه للعمل لا يضمن، والفرق ضعيف.

فروع أربعة: الأول: إذا غسل ثوب غيره، أو حلق رأسه، أو ذلك من غير جريان لفظ فى الإجارة، فظاهر نص الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا يستحق شيئاً، وهو قياس

مذهبه؛ لأن الأجرة تجب بعقد، وبمجرد القرينة عند الشافعي، رضى الله عنه، لا تقوم مقام العقد، ولأجله لم تكن المعاطاة بيعاً، أو تجب بالإتلاف. والغسال والدلال والحلاق هم الذين أتلفوا منافع أنفسهم، ولم يجر منه إلا سكوت أو إذن.

ولو أتلف ملك غيره بإذنه لم يضمن، فكيف إذا أتلف المالك منفعة نفسه؟ واختار المزنئ أنه يضمن له إذا كان مثله يعمل بأجرة، ويكون بالإذن مستوفياً للمنفعة، وفعله لا يدل على المسامحة، فيبقى مضموناً، كما أن من دخل الحمام جعل مستوفياً للمنفعة ضامناً.

ومن أصحابنا من قال: إن كان الالماس من صاحب الثوب ضمن، وإن كان من الغسال لم يستحق.

فإن قيل: وما يستحقه الحمامى عوض ماذا؟ قلنا: من أصحابنا من قال: هو ثمن الماء، وإلا فهو متبرع بالسطل والإزار إعاره له ومتبرع بحفظ الثياب، وهو ضعيف؛ لأن الماء تابع في مقصود الاستحمام، ولو كان مقصوداً لكان يضمن بالمثل إن كان متقوماً.

بل ما يستحقه أجرة منفعة السطل والإزار والحمام وحفظ الثياب، فهو في حق الثوب كأجير مشترك؛ حتى يخرج ضمانه على القولين. والداخل لا يضمن السطل والإزار ضمان المستعير، بل هو كالمستأجر.

الفرع الثاني: إذا قصر الثوب فتلف بعد القصارة. إن كان يغسل في يد المالك وداره، فيستحق الأجرة ولا ضمان. وإن كان في يد الغسال ففي الضمان القولان، وفي الأجرة قولان، مأخذهما: أن القصارة عين أو أثر؟.

وفائدته: أن القصار هل له حق الحبس كما للصباغ؟ فإن قلنا: له حق الحبس، فقد تلف قبل التسليم فلا أجرة له. وإن قلنا: أثر، ولا حبس، فقد صار بمجرد الفراغ مسلماً، فله الأجرة. والصحيح: أنه لا أجرة له ولا ضمان.

وفى طريقة العراق: أنا إن ضمنناه فله الأجرة، وإن جعلناه أميناً فلا أجرة له. وقدمناه من البناء أظهر.

الفرع الثالث: إذا استأجر دابة ليحملها عشرة أصعب، فأخذ الدابة وحملها أحد عشر صاعاً، وتلفت تحت يده ضمن كلها؛ لأنه غاصب.

ولو سلم أحد عشر صاعاً إلى المكرب، وليس عليه فظن أنه عشرة، فحملها، فتلفت

الدابة بأفة أخرى فلا ضمان عليه، وإنما عليه أجرة المثل للزيادة، وإن تلفت بثقل الحمل، فالأظهر أن الغار يطالب بالضمان. وإن كان مباشرة الحمل من مالك الدابة.

وفى قدر الضمان قولان: أحدهما: النصف؛ لأنه تلف بمضمون وغير مضمون، فهو كالجراحات. والثاني: يوزع على قدر الحمل، فيلزمه جزء من أحد عشر جزءاً من الضمان، بخلاف الجراحات، فإن آثارها لا ينضبط.

ومثل هذا الخلاف جار في الجلاذ إذا زاد على الحد واحدة، أنه يوزع على العدد أو ينصف؟

ولو استأجر رجلان ظهراً، فارتدّ فهُما ثالث بغير إذنهما وهلكت الدابة، ففيما على الرديف ثلاثة أوجه:

أحدها: النصف؛ إذ هلك بمضمون وغير مضمون. والثاني: أنهم يوزنون، ويقسط الضمان على وزنه بحصته. والثالث: أن عليه الثلث، فإن وزن الرجال بعيد.

الفرع الرابع: سلم ثوباً إلى خياط فخطاه قباء، فقال المالك: ما أذنت لك إلا في خياطته قميصاً، وتنازعا.

قال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط؛ لأن الإذن في أصله متفق عليه، وهو أمين. فالقول قوله في التفصيل، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: القول قول المالك؛ لأنه الآذن، فيرجع إليه في تفصيل إذنه.

قال الشافعي، رضي الله عنه: وقول أبي حنيفة، رحمه الله، أولى، ثم ذكر قولاً ثالثاً، وهو: أنهما يتحالفان، إذ المالك يدعى عليه خيانة وهو ينكرها، والخياط يدعى على المالك إذناً في خياطة القباء وهو ينكره.

فمن الأصحاب من قال: للشافعي، رضي الله عنه، ثلاثة أقوال؛ إذ لا يرجح فاسد على فاسد، فدل على أنه رأى مذهبيهما رأياً. ومنهم من قال: مذهبه التحالف، وذلك حكاية عن مذهب الغير، وهو الأصح.

التفريع: إن قلنا: يحلف الأجير، فحلف سقط عنه الأرش.

وهل يستحق الأجرة؟ وجهان: أحدهما، وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا؛ لأن يمينه نافية، فلا تصلح للإثبات.

والثاني: أنه يستحق؛ لأننا نخلفه على أنه أذن له في خياطته قباء لا قميصاً، فليستفد بيمينه استحقاق الأجرة.

فإن قلنا: يستحق فأجرة المثل أو المسمى؟ فيه وجهان:

أحدهما: المسمى؛ تصديقاً له كما قال، فإن كان من إشكال فهو من ضعف هذا القول ولزومه عليه. والثاني: أجرة المثل؛ إذ ربما يكثر المسمى ويعد إثباته بيمين النفي.

فإن قلنا: لا يستحق، فيدعى على المالك الأجرة، فإن حلف سقط، وإن نكل فهل يحدد اليمين عليه؟

قال القاضي حسين، رحمه الله: لا؛ إذ لا فائدة في التكرير، فكان يمينه السابقة كانت موقوفة على النكول لتصير حجة.

والثاني: أنه يكرر اليمين؛ إذ لا عهد بتقديم اليمين على النكول في الإثبات.

وإن فرعنا على أن القول قول المالك، فيحلف له أنه أذن له في القميص لا في القباء، وتسقط عنه الأجرة ويستحق الضمان؛ لأنه إذا انتفى الإذن فالأصل الضمان.

وفي قدر الضمان قولان:

أحدهما: التفاوت بين المقطوع وغير المقطوع. والثاني: التفاوت بين المقطوع قميصاً أو قباءً؛ لأن هذا القدر مأذون فيه.

وهذا يلتفت على أن الوكيل إذا ضمن في البيع، هل يحط عنه ما يتغابن الناس به، فإنه كالمأذون فيه لو تم البيع؟ ثم مهما لم يأخذ الأجير الأجرة فله نزع الحيط إذا كان ملكاً له.

وإن فرعنا على التحالف، فإذا تحالفا سقطت الأجرة، وهل يسقط الضمان؟ قولان:

أحدهما: لا؛ إذ فائدة التحالف رفع العقد والرجوع إلى ما قبله. والثاني، وهو الأصح: أنه يسقط؛ لأنه حلف على نفي العدوان، أعنى الخيانة، ولو نكل لكان لا يلزمه إلا الضمان، فليكن ليمينه فائدة.

الباب الثالث

في الطوارئ الموجبة للفسخ

وهو ثلاثة أقسام:

الأول: ما ينقص المنفعة من العيوب

فهى سبب للخيار قبل القبض وبعد القبض؛ لأنه وإن قبض الدار والدابة، فالمنافع غير مقبوضة بعد.

نعم. أقيم قبض محل المنافع مقام قبض المبيع فى التسليط على الإجارة، وفى لزوم تسليم البضع إن كانت المنفعة صداقاً، وحصول العتق إن كانت المنفعة نجوم كتابة، وذلك لأجل الضرورة، ولا ضرورة فى نفى خيار العيب.

والعيب: كل ما يؤثر فى المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة، ما لا يظهر به تفاوت قيمة الرقبة، فإن مورد العقد المنفعة.

فروع أربعة: أحدها: أن عذر المستأجر فى نفسه لا يسلط على الفسخ، كما إذا استأجر دابة لسفر فمرض، أو حماماً فتعذر عليه الوقود، أو حانوتاً فاحترق بحرفة أخرى، فإنه لا يخلل فى العقود عليه. وقال أبو حنيفة: يثبت الفسخ بهذه المعاذير.

الثاني: لو استمر الجدار فهو عيب، فلو بادر المكري إلى الإصلاح لم يثبت الفسخ، وإنما الخيار إذا امتنع عن العمارة أو افتقر إلى تعطيل مدة، فإن رضى المكترى دون الإصلاح فالصحيح أنه يلزمه تمام الأجرة.

الثالث: إذا أكرى أرضاً للزراعة ففسد الزرع بجائحة من برد أو صاعقة: لم يثبت بالفسخ، ولا ينقص شيء من الأجرة؛ لأن الأرض لم تتعيب، وإنما النازلة نزلت بملكه.

وإن أفسدت الجائحة الأرض، وأبطلت فيها قوة الإنبات، ثم فسد الزرع بعده فيفسخ العقد فيما بقى من الزمان.

والظاهر: أنه يسترد أجرة ما سبق، إذ كان موقوفاً على الآجر، فإن أول الزراعة غير مقصود، ولم يسلم له الآجر.

وإن أفسد الأرض بعد إفساد الزرع: فالظاهر أنه لا يسترد شيئاً؛ لأنه لو بقيت صلاحية الأرض وقوتها لم يكن للمستأجر فيها فائدة بعد فوات زرعه.

الرابع: مهما أثبتنا له الخيار، فإن رضى: فالصحيح أنه مأخوذ بتمام الأجرة.

وإن فسخ: فالصحيح أنه لا يفسخ فيما مضى، وتوزع الأجرة المسماة على قدر أجرة المثل فى المدتين، لا على المدة.

القسم الثانى: فوات المنفعة بالكلية

فموت الدابة المعينة، والعبد المعين للعمل يوجب انقضاء الإجارة إن وقع عقيب العقد.

وإن مضت مدة، انفسخ بالإضافة إلى الباقي. وبالإضافة إلى الماضي يخرج على نظيره في فريق الصفقة.

فروع: الأول: إذا انهدمت الدار، نص الشافعي، رضي الله عنه، أن الإجارة تنفسخ. وإذا انقطع شرب الأرض المستأجرة للزراعة نص أنه يثبت الخيار. فقال الأصحاب: فيه قولان بالنقل والتخريج.

أحدهما: الانفساخ؛ إذ فانت المنفعة المقصودة. والثاني: ثبوت الخيار؛ إذ الأرض على الجملة تبقى منتفعًا بها بوجه ما، ومنهم من قرر النصين، وفرق بأن الدار لم تبقى دارًا بعد الانهدام، والأرض بقيت أرضًا.

فإن قلنا: له الخيار، فأجاز فهل يميز بكل الأحرة، أم يحط قسط لأجل الشرب؟ فيه وجهان. وهذا أيضًا يضاهاى التردد في أن اللبن مقصود مع الحضانة أو هو تابع؟

ولو كان عود الماء متوقعًا، فلم يفسخ، ثم بعد ذلك أراد الفسخ، إذا لم يعد فله ذلك، وهو كالمرأة إذا أحررت الفسخ بعد ثبوت إعسار الزوج ومضى مدة الإيلاء.

الثاني: إذا مات الصبي الذى استؤجر على إرضاعه، أو العبد الذى استؤجر على تعليمه، أو تلف الثوب الذى استؤجر على خياطته: ففي الانفساخ وجهان ذكرناهما:

أحدهما: أنه لا يفسخ؛ لأنه كالمستوفى فأشبهه موت العاقلين؛ فإنه لا يوجب الفسخ عندنا. والثاني: نعم، بل هو كموت الأجير؛ لأن الغرض يختلف به.

وقد نص الشافعي، رضي الله عنه، على أنه لو أصدقها خياطة ثوب فتلف الثوب، رجعت إلى مهر المثل، وهو حكم بالانفساخ.

وفيه وجه ثالث، وهو الأعدل: وهو أنهما إن لم يتشاحا فى الإبدال استمر العقد، وإلا ثبت الفسخ.

الثالث: إذا غصبت الدار المستأجرة حتى مضت مدة الإجارة: قال المرازقة: يفسخ العقد، وذكر العراقيون قولين: أحدهما: أنه يفسخ. والثاني: للمستأجر الخيار. فإن أجاز طالب الغاصب بالأجرة؛ كالبيع إذا أتلّفه أجنبي قبل القبض.

وهذا بخلاف المنكوحة إذا وطئت بشبهة، فإن البذل لا يصرف إلى الزوج؛ لأن النكاح لا يوجب حقًا فى المال، بخلاف منفعة الإجارة، هذا إذا مضت المدة.

وأما فى ابتداء الغصب، فكما جرى يثبت الخيار للمكترى؛ لأنه تأخر حقه بعد

التعيين. ولو ادعى الغاصب ملك الرقبة لنفسه فللمكرى حق المخاصمة.

قال الشافعي، رضى الله عنه: وليس للمكرى حق المخاصمة؛ لأنه لو أقر ما كنت أقبل إقراره.

وذكر المرازقة وجهًا منقاسًا: أنه يخاصم لطلب المنفعة، وإن كان لا يقبل إقراره في الرقبة. فلو أقر المكرى بالدار للغاصب، فإن قلنا: يصح بيعه، نفذ إقراره.

وإن قلنا: لا يصح بيعه، ففي إقراره من الخلاف ما في إقرار الراهن. فإن قبلنا إقراره، ففي سقوط استحقاق المستأجر من المنفعة ثلاثة أوجه:

أحدها: يسقط تابعًا للرقبة. والثاني: لا؛ لأنه التزم حقه في المنفعة، فلا يقدر على إبطاله. والثالث: إن كانت الدار في يد المكرى لا تزال يده إلى مضي المدة، وإن كانت في يد المقر له، فلا تنزع من يده أيضًا.

الرابع: إذا هرب الجمل بجماله، فقد تعذرت المنفعة.

فإن ورد العقد على العين فله الفسخ، إذا مضت المدة انفسخ. وإن ورد على الذمة، فللقاضي أن يستأجر عليه استقراضًا إلى أن يرجع، وإن كان له مال باع فيه.

وإن ترك جماله استوفيت منفعتها، والقاضي ينفق عليها. فإن أنفق المكرى بنفسه، ففي رجوعه عند المعز عن القاضي خلاف ذكرناه في المساقاة.

وحيث قضينا بالانفساخ في موت الدابة والعبد والغصب أردنا به ما إذا وردت الإجارة على العين. فإن وردت على الذمة فلا تنفسخ، ولكن يطالب بالتوفية من عين أخرى.

الخامس: إذا حبس المكرى الدابة التي استأجرها، استقرت عليه الأجرة وإن لم يستعملها مهما مضت المدة في حبسه، سواء كانت الإجارة وردت على عين الدابة أو على الذمة، وسلمت الدابة.

فأما المكرى إذا حبس ولم يسلم، انفسخت الإجارة إن كان قد عين مدة، وإن لم تكن المدة معينة، فوجهان:

أحدهما: نعم، يفسخ كما تستقر به الأجرة في حبس المكرى. والثاني: لا يفسخ، بل يقال: تأخر حقه، فله الخيار إن شاء؛ لأن الوقت غير متعين.

السادس: التلف الموجب للانفساخ أو للخيار موجب حكمه، وإن صدر من المكرى، ولكنه ضامن، وهو كما لو جبت المرأة زوجها، ضمنت وثبت لها فسخ النكاح.

القسم الثالث: ما يمنع من استيفاء المنفعة شرعاً

فهو أيضاً موجب للانفساخ، كما لو استأجر على قلع سن فسكن الألم، أو قطع يد فسلمت اليد، أو ليقطع يد من عليه القصاص فعفا: انفسخت الإجارة في الكل؛ لأن الفوات شرعاً كالفوات حساً، إلا عند من يرى الإبدال في مثل هذه الأمور، وتيسر الإبدال.

فروع أربعة: الأول: إذا أجز الوقف المرتب على البطون ومات، ففي انفساخ الإجارة وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه عاقد والإجارة لا تنفسخ بموت العاقد. فعلى هذا: البطن الثاني يرجع في تركته بأجرة المدة الباقية. والثاني، وهو الأظهر: أنه ينفسخ؛ إذ بان أنه بإجارته تناول ما لا حق فيه.

وفى إلزام إجارته على من بعده من البطون ضرر ظاهر، بخلاف الوارث، فإنه يلزمه تسليم الدار المكرأة؛ لأنه يأخذ الملك من المورث، ولم يملك إلا داراً لا منفعة لها.

الثاني: إذا أجز الصبي أو ماله على وفق الغبطة مدة تزيد على مدة الصبي، فهو باطل في القدر الفاضل، وفي القدر الباقي يبني على تفريق الصفقة، وإن كان متقاصراً عن سن بلوغه صحت الإجارة.

فإن بلغ قبل السن بالاحتلام، ففي انفساخ الإجارة وجهان: الأظهر: أنه لا ينفسخ؛ لأنه وليه، وقد نظر له، والأجرة قد سلمت له. والثاني: أنه ينفسخ؛ إذ بان أنه تناول بعقده ما خرج عن محل ولايته.

الثالث: إذا أجز عبداً ثم أعتقه قبل مضي المدة: صح العتق، كما لو زوج جارية ثم أعتقها؛ إذ لا يباقض الإجارة العتق. والمذهب المقطوع به: أنه لا تنفسخ الإجارة. وفيه وجه ذكره صاحب التقريب: أنه ينفسخ كموت البطن الأول.

نعم، اختلفوا فيما للعبد، فمنهم من قال: له الخيار، وهو أيضاً بعيد في المذهب، بل الصحيح استمرار الإجارة على اللزوم.

وفى رجوع العبد بأجرة مثله على السيد وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه فوته بعد الحرية، والمنفعة حدثت على ملك العبد. والثاني: لا، وكأنه كالمستوفى فى حالة الرق.

فإن قلنا: لا يرجع بالأجرة، ففى نفقته وجهان: أحدهما: على السيد، وكأنه استبقى حبسه مع العتق. والثاني: على بيت المال، فإن الملك قد زال، وهو فقير فى نفسه.

الرابع: إذا باع الدار المستأجرة من أجنبى قبل مضى مدة الإجارة ففيه قولان، أظهرهما: الصحة، وكأن المنافع مستتاة.

ولو استثنى المنافع لنفسه مدة فهو على هذا الخلاف. ويشهد لجواز الاستثناء حديث ورد فيه، وإن كان القياس يقتضى البطلان.

ولو انفسخت الإجارة بعذر فى بقية المدة، فالمنفعة الباقية للمشتري أو للبائع؟ فيه وجهان:

أحدهما: للمشتري، فإنه يحدث على ملكه بعد انفساخ الإجارة. والثاني: لا؛ لأنه كان للمستأجر، فيعود بفسخه إلى العاقد للإجارة لا غير، أما إذا باعها من المستأجر فالظاهر الصحة، وتستوفى المنفعة فى بقية المدة بحكم الإجارة.

وفيه وجه آخر: أنه تنفسخ الإجارة كما لو اشترى زوجته، فإن ملك العين أقوى فى إفادة المنفعة من الإجارة، فيدفع الأضعف.

أما إذا أجر المستأجر الدار المستأجرة من المالك: صح على الظاهر، وعلى قولنا: ملك العين والإجارة لا يجتمعان، لا يصح أصلاً.

* * *

كتاب الجعالة^(١)

وهي معاملة صحيحة؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

ولما روى أن قومًا من أصحابه ﷺ نزلوا بحمي من أحياء العرب، فلدغ سيدهم، فالتمسوا منهم رقية، فأبوا إلا يجعل، فجعلوا لهم قطيعًا من الشاه، ومضى إليهم واحد وقرأ أم القرآن وتفل فيه بلعابه، فبرئ فسلم القطيع، فقالوا: لا نأخذ حتى نسأل رسول الله ﷺ فحكى ذلك له، فضحك وقال: وما أدراك أنها رقية؛ خذوها واضربوا لي فيها بسهم^(٢).

ويتأيد ذلك بالحاجة؛ إذ قد تمس الحاجة إلى ذلك في رد عبد آبق أو ضالّة، وما لا يدري من الذي تعذر عليه.

والنظر في أحكامها وأركانها

أما الأركان فأربعة:

الركن الأول: الصيغة: وهي قول المستعمل: من رد عبدي الآبق أو ضالتي، أو عمل العمل الذي يريده مما يجوز فعله ويستباح، فله دينار أو ما يريد، صح العقد، ولم يشترط القبول لفظًا، بل كل من سمعه اشترك في حكمه، فمن قام بالعمل استحق. ولو لم يصدر منه لفظ، فرد إنسان عبده الآبق، أو عمل له عملاً لم يستحق شيئاً؛ لأنه متبرع.

ولو قال: رد عبدي، ولم يقطع له أجره، فرد، ففي استحقاقه ما ذكرناه في استعمال القصار والدلاك والمزين. وكذا إذا نادى، ولكن رد العبد من لم يسمع نداءه، فلا يستحق شيئاً؛ لأن النداء يتناول من سمع، وهو قصد التبرع به.

وكذا الفضولي إذا كذب وقال: قال فلان: من رد عبدي فله دينار، فرده إنسان لا يستحق، لا على المالك ولا على الفضولي. ولو قال: من رد عبد فلان فله دينار وجب

(١) (الجعالة) بفتح الجيم وكسرهما وضمهما: ما يجعل على العمل من أجر أو رشوة. جمعه: جَعَائِلٌ، وَجَعُولٌ. انظر: المعجم الوسيط (١/١٢٦).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٥٠٠٧)، ومسلم (السلام ب٢٣/٦٥، ٦٦)، وأحمد (٨٣، ٣٣/٣)، والترمذي (٣٤٨/٤، ٢٠٦٣)، وابن ماجه (٢١٥٦)، وأبو داود (٣٩٠٠).

على الفضولي؛ لأنه ضمنه بقوله.

الركن الثاني: العاقد: ولا يشترط في الجاعل إلا أهلية الاستحجار، ولا في المجعول له إلا أهلية العمل، ولا يشترط التعيين؛ إذ يخالف اشتراط تعيين الشخص مصلحة العقد.

الركن الثالث: العمل: وهو كل ما يجوز الاستحجار عليه، ولكن لا يشترط كونه معلوماً، فإن رد الآبق لا ينضبط العمل فيه، وكان ينقذح أن يشترط كون العمل مجهولاً، ولا يتقدر كالمضاربة، ولكن قطع العراقيون بأنه لو قال: من بنى حائطاً أو خياط ثوبى فله كذا، أن ذلك لا يجوز.

وكذا إذا قال: أول من يحج عني فله دينار، استحق الدينار، هذا رواه المزني عن الشافعي، رضى الله عنه، في المنتور، ثم قال المزني: ينبغي أن يستحق أجرة المثل؛ لأنه إجارة، فلا يصح بغير تعيين.

وهذا يدل على أن المزني اعتقد اختصاص الجعالة بالمجهول الذي لا يستاجر عليه وقد نسب العراقيون المزني إلى الغلط فيه، وقالوا: هذه جعالة.

الركن الرابع: الجعل: وشرطه: أن يكون مالاً معلوماً، فلو شرط مجهولاً فسد، واستحق العامل أجرة المثل، كما في المضاربة الفاسدة.

فروع ثلاثة: أحدها: لو قال: من رد عبدي من البصرة فله دينار، وهو ببغداد، فردّه من نصف الطريق، استحق نصف الدينار.

ومن الثلث: الثلث؛ لأنه قدر المسافة. وإن رد من مكان أبعد لم يستحق للزيادة شيئاً؛ لأنه لم يشترط عليه شيئاً.

الثاني: إذا قال: من رد عبدي فله ديناراً، فاشترك في رده اثنان، اشتركا في الجعل.

وإن عين شخصاً وقال: إن رددت فلك دينار، فشاركه غيره وقال: قصدت معاونة العامل، استحق العامل الدينار، وإن قال: قصدت المساهمة فللعامل نصف الدينار، ولا شيء للمعين؛ فإنه لم يشترط له شيء.

الثالث: إذا قال لأحدهما: إن رددت عبدي فله دينار، وقال لآخر: إن رددت فلك دينار، فاشتركا، فلكل واحد نصف ما شرط له. وإن شرط لأحدهما ديناراً، وللآخر ثوباً مجهولاً، فاشتركا، استحق من شرط له الدينار نصفه، وللآخر نصف أجرة المثل.

أما أحكامها فأربعة: الأول: أنه جائز من الجانبين، كالمضاربة؛ إذ لا يليق بها اللزوم،

ثم إن فسخه المالك قبل العمل انفسخ. وإن كان بعد الشروع فى العمل وقبل الفراغ انفسخ ولزمه أجره المثل. وإن كان بعد الفراغ من العمل فلا معنى للفسخ.

الثانى: جواز الزيادة والنقصان: فلو قال: من رد عبدى فله عشرة، ثم قال: من رد عبدى فله دينار، فمن رده استحق الدينار، وكذا على العكس، والاعتبار بالآخر. فإن لم يسمع العامل النداء الناقص الأخير، فينقذح أن يقال: يرجع إلى أجره المثل.

الثالث: أن العامل لا يستحق شيئاً إلا بالفراغ من العمل، فلو رد العبد إلى باب داره، فهرب أو مات قبل التسليم لم يستحق شيئاً؛ لأن المقصود قد فات، وهو الرد.

الرابع: لو تنازعا فى أصل شرط الجعل، فأنكره المالك، أو فى عين عبد، فأنكر المالك الشرط فيه، وقال: إنه شرط فى عبد غيره، أو أنكر المالك سعيه فى الرد، وقال: رجع العبد بنفسه، فالقول فى ذلك كله قول المالك، فإن العامل مدع، فليثبت.

وإن اختلفا فى مقدار المشروط، تحالفا، ورجع إلى أجره المثل كما فى الإجارة.

* * *

كتاب إحياء الموات

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: فى تلك الأراضى

وفيه فصلان:

الأول: فيما يملك من الأراضى بالإحياء، وهى الموات

قال ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتةً فهى له»^(١). والموات: هى الأرض المنفكة عن الاختصاصات.

والاختصاصات ستة أنواع:

النوع الأول: العمارة: فكل أرض معمورة فهى محياة، فلا تملك بالإحياء، سواء كان ذلك من دار الإسلام أو دار الحرب. وإن اندرست العمارة وبقي أثرها، فإن كان من عمارة الإسلام فلا تملك؛ لأنه موروث عمن ملكه، فينتظر صاحبه أو يحفظ لبيت المال، ويتصرف الإمام فيه، كما يتصرف فى مال ضائع لا يتعين مالكه.

(١) للحدث ألفاظ كثيرة منها «من أحيا أرضاً مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهى له». انظر: الزيلعى فى نصب الراية (١٧١/٤)، وابن حجر فى فتح البارى (١٩/٥).
وبلفظ: «من أحيا أرضاً ميتةً فله فيها أجر» أخرجه البيهقى (١٤٨/٦)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٦٢/٣)، وباللفظ الذى أورده المصنف: أخرجه الترمذى (١٣٧٨، ١٣٧٩)، والبيهقى (٣١٩، ٩٩/٦)، ومالك (٧٤٣)، ولفظ: «من أحيا أرضاً ميتةً فى غير حق مسلم»، أخرجه ابن حجر فى تلخيص الحبير (٦٢/٣)، ولفظ: «من أحيا أرضاً ميتةً فله رقبتهاء» أخرجه: ابن أبى شيبة (٧٥/٧)، والتبريزى (٢٩٤٤، ٢٩٤٥)، وأحمد فى الزهد (٢٩٠)، والبخارى فى التاريخ الكبير (٣٨٩/٥)، والألبانى فى السلسلة الصحيحة (٥٦٨)، ولفظ: «من أحيا أرضاً ميتةً فله فيها أجر» أخرجه: أحمد (٣٠٤/٣)، والدارمى (٢٦٧/٢)، وابن أبى شيبة (٧٤/٧)، والهيثمى فى موارد الظلمان (١١٣٦)، والبقوى (١٤٩/٦)، والزيلعى فى نصب الراية (١٨٩/٤)، والألبانى فى الصحيحة (١٠٧/٢)، ولفظ: «من أحيا أرضاً ميتةً فهى له وليس لعرق ظالم حق» أخرجه: البخارى فى صحيحه (١٣٩/٣)، وأبو داود (الحراج ب ٣٧)، والترمذى (١٣٧٨، ١٣٧٩)، وأحمد (٣٣٨/٣، ٣٨١)، والبيهقى (٩٩/٦، ١٤٣، ١٤٨)، والشافعى (٢٢٤)، وفى لفظ للبخارى (ح ٢٣٣٥) عن عائشة، رضى الله عنها، عن النبى ﷺ قال: «ومن أعمار أرضاً لمست لأحد فهو أحق»، قال عروة: قضى به عمر، رضى الله عنه، فى خلافته. وأخرجه الزيلعى فى نصب الراية (٢٨٨/٤)، والبقوى فى شرح السنة (٢٨٠/٨).

وإن كان من عمارات الجاهلية، وعلم وجه دخولها في يد المسلمين، إما بطريق الاغتنام أو القىء، استصحب ذلك الحكم، ولم تملك بالإحياء، وإن وقع اليأس عن معرفته، فقولان:

أحدهما: يملك؛ إذ لا حرمة لعمارة الكفار، فصار كركازهم. والثاني: لا؛ لأنه دخل في يد أهل الإسلام، فالأصل سبق ملك عليه، وأما الركاز فحكمه حكم لقطة معرضة للضياع.

هذا حكم دار الإسلام، أما دار الحرب فمعمورها كسائر أموالهم يملك بالاغتنام. وأما مواتها، فما لا يدفعون المسلمين عنها فهو كموات دار الإسلام يملك بالإحياء، ويفارقها في أمر، وهوان الكافر لو أحيها ملكها. ولو أحيها موات دار الإسلام لم يملكها عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله؛ لأن لأهل الإسلام اختصاصاً بحكم الإضافة إلى الدار.

أما ما يدفعون المسلمين عنه، فلو أحيها مسلم وقدر على الإقامة ملكه، وإن استولى عليها بعض الغائبين، وقصدوا الاختصاص بها؛ فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يفيدهم الاختصاص بالاستيلاء ما يفيد التحجر، كما سيأتي. والثاني: أنه يفيدهم الملك في الحال؛ لأن مال الكفار يملك بالاستيلاء. والثالث: أنه لا يفيد الملك؛ لأنه ليس ملك الكفار، وإنما هو موات، ولا اختصاص لأنه لا يحجر، وإنما هو مجرد يد، فهو كمجرد الاستيلاء على موات دار الإسلام.

النوع الثاني من الاختصاص: أن يكون حريم عمارة: فيختص به صاحب العمارة، ولا يملك بالإحياء.

فإن قيل: وما حد الحريم؟ قلنا: أما البلدة التي قررنا الكفار عليها بالمصالحة، فما حواليتها من الموات التي يدفعون المسلمين عنها لا تحيا وفاءً بالصلح، فإنها حريم البلدة.

وأما القرية المعمورة في الإسلام، فما يتصل بها من مرتكض الخيل، وملعب الصبيان، ومناخ الإبل، ومجتمع النادى فهو حريمها، فليس لغيرهم إحياءها. وما ينتشر إليه البهائم للرعى في وقت الخوف، وهو على قرب القرية، فيه تردد.

أما الدار: فحريمها إذا كانت محفوفة بالموات: مطرح التراب والثلج، ومصب ماء الميزاب، وفناء الدار، وحق الاجتياز في جهة فتح الباب. وإن كانت محفوفة بالأماكن فلا

حريم لها؛ لأن الأملاك متعارضة، فليس بعضها بأن يجعل حريماً لها أولى من الآخر، ولكل واحد أن ينتفع في ملكه بما جرت به العادة. وإن تضرر به صاحبه فلا يمنع إلا إذا كانت العادة السكون. ولو اتخذ أحدهما داره مذبغة أو حماماً، أو حانوت قصار أو حداد:

قال المرازقة: يمنع؛ نظراً إلى العادة القديمة. وقال العراقيون: إذا أحكم الجدران واحتاط على العادة، لا يمنع.

وتردد الشيخ أبو محمد فيما إذا كان يؤذى بدخان الخيز وجعله مخبراً على خلاف العادة؛ لأن هذا إيذاء المالك لا إيذاء الملك، وحاصله، ولا يمنع، لا تمنع ومع...

أما البئر: فإذا حفرها في الموات للنزح فموقف النازح حوالها حريمها، وإن كان النزح بالدواب فموضع تردد الدواب، وعلى الجملة، ما يتم الانتفاع.

ولو حفر آخر بئراً يجنبه بحيث ينقص ماؤها لم يجز. بل حريمها القدر الذي يصون ماءها وكأنه استحق بالخفر. وفي طريقة العراق: القطع بأنه يجوز.

والأول أظهر، فإنه لو أحيا داراً في موات فليس لآخر أن يحفر يجنب حداره بئراً يتوهم الإضرار بحداره، وإن كان ذلك يجوز للحار المالك، ولكن وضع البناء في الموات أوجب حريماً لصيانة الملك، فكذلك لصيانة ماء البئر.

النوع الثالث: اختصاص المسلمين بعرفة لأجل الوقوف: وفي امتناع إحياء عرفة به ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يمتنع؛ إذ لا تضيق به. والثاني: يمتنع؛ إذ فتح بابه يؤدي إلى التضيق. والثالث: يجوز وإن ضيق، ثم يبقى في الدور حق الوقوف.

النوع الرابع: اختصاص المتحجر:

ومن تقدم إلى موضع ونصب حجارة، وعلامات للعمارة، اختص به بحق السبق، بشرط أن يشتغل بالعمارة. فلو تحجر ليعمر في السنة الثانية لم يجز، ومهما جاز التحجر ومنع غيره من الإحياء، فإن أحيا فهل يملك؟ ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأنه سبب قوى، والتحجر ضعيف، فكان كالبيع سوماً على سوم غيره. والثاني: لا؛ لأنه اختصاص مؤكد. والثالث: أن التحجر إن كان مع الإقطاع منع، وإلا فلا. وهل يجوز للمتحجر بيع حقه من الاختصاص والاعتياض عنه؟ فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز كالمالك. والثاني: لا، كحق الشفعة وحق الرهن.

النوع الخامس من الاختصاص: الإقطاع:

ويجوز للإمام أن يقطع مواتاً على قدر ما يقدر المقطع على عمارته، وينزل الإقطاع منزلة التحجر في الاختصاص.

النوع السادس: الحمى:

وهو كان جائزاً لرسول الله ﷺ، وهو أن يحمي الكلاً ببقة لإبل الصدقة، وكان يجوز لرسول الله ﷺ أن يحمي لنفسه وللمسلمين^(١). وهل يجوز للإمام بعده؟ فيه خلاف. والصحيح الجواز؛ إذ حمى عمر، رضى الله عنه، لإبل المسلمين.

ولكن لا يجوز أن يحمي الإمام لنفسه، وإنما كان ذلك خاصة رسول الله ﷺ. فإذا صح الحمى، فلإحياؤه كالإحياء بعد التحجر.

فرع: ما حماه رسول الله ﷺ لحاجة، أو حماه غيره، فزالت الحاجة، فهل لأحد بعد ذلك نقضه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنه بقعة أرصدت لخير، فأشبه المسجد. والثاني: نعم؛ لأنه بنى على مصلحة حالية ظنية. والثالث: أن حمى رسول الله ﷺ فلا يغير وهو حماه بالبيع، وهو بلد ليس بالواسع؛ لأن حماه كالنص، وحمى غيره كالاكتفاء.

الفصل الثاني في كيفية الإحياء

والرجوع في حده إلى العرف، ويختلف ذلك باختلاف الغرض، فإن أحيا بقعة للزريبة، فيكفيه التحويط وتغليق الباب، ولا يملك قبله؛ إذ به تصير زريبة.

وإن أراد السكون فبالبناء وتسقيف البعض؛ إذ به يتهيأ للسكون. وإن أراد بستاناً، فيسوق الماء إليه وتسوية الأنهار، والتحويط وتغليق الباب. وإن كان من البطائح،

(١) هذا حديث عن ابن عباس، رضى الله عنهما، أن الصعب بن جثامة قال: وإن رسول الله ﷺ قال: لا حمى إلا لله ولرسوله، وقال: بلغنا أن النبي ﷺ حمى البقيع، وأن عمر حمى السرف والرَّيْذَةَ.

هذا هو لفظ البخارى فى صحيحه (ح ٢٣٧٠)، وأخرجه أبو داود (٣٠٨٣)، وأحمد (١٩٧٥٠/٤)، والبيهقى (٥٩/٦، ٧٨)، والحاكم (٦١/٢)، وعبد الرزاق (١٩٧٥٠)، والهيثمى فى موارد الظمان (١٦/٣)، والحميدى فى مستنده (١٣٠)، والريبدى فى تحاف السادة (١٨/٥)، والبعوى فى شرح السنة (٦٧/٥)، والسيوطى فى الدر المنثور (٢٢٣/٤).

فيحبس الماء عنه، فإنه العادة. وإن أراد مزرعة، فيقلب الأرض ويسويها، ويجمع حواليتها التراب، ويسوق إليها الماء. وهل يفتقر إلى الزراعة ليملك؟ فيه وجهان: ظاهر ما نقله المزني: أنه يشترط كالتسقيف في البناء.

والثاني: لا؛ لأن هذا انتفاع، ووزانه من الدار السكون، ولا يحتاج إلى بناء الجدار للمزرعة.

قال إمامي، رضي الله عنه: يحتمل أن يقال: ما تملك به الأرض إذا قصد الزراعة فيملك أيضاً، وإن قصد البستان، وما تملك به الزريرة يملك به المسكن، وإن القصد لا يغير أمره. ومن أحيا أرضاً ميتة بغير إذن الإمام ملكها عندنا، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

الباب الثاني: في المنافع المشتركة في البقاع

وهي كالشوارع والمساجد والرباطات والمدارس، فإن هذه الأراضي لا تملك أصلاً؛ إذ ثبت في كل واحد منها نوع اختصاص.

فالشوارع للاستطراق وهو مستحق لكافة الخلق في الصحارى والبلاد. نعم، يجوز الجلوس^(١) فيها بشرط أن لا يضيق الطريق على المحتازين.

ومن سبق إلى موضع فجلس فيه، إن لم يجلس لغرض، فكما قام انقطع حقه، وإن جلس لبيع كالمقاعد في الأسواق، اختص السابق به، ولو انصرف إلى بيته ليلاً وتخلّف بعذر يوماً وبومين، ولم ينقطع اختصاصه؛ إذا آلفه في المعاملة لا ينقطعون بهذا القدر.

ولو طال سفره أو مرضه أو جلس في موضع آخر أو غير ذلك مما يقطع آلفه عن مكانه، فينقطع به اختصاصه. ولو جلس في غيبته في المدة القصيرة من عزم على التسليم له إذا عاد، فقد قيل: إنه يمنع، إذ يتخيل به آلفه تركه الحرفة.

وقيل: إنه لا يمنع؛ لأن الموضع فارغ في الحال، فلا يعطل منفعته ولا يحتاج إلى إذن الإمام في هذا الاختصاص. وهل للإقطاع فيه مدخل كما في الموات؟ فعلى وجهين:

(١) هذا من حديث أبي سعيد الخدري، رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: (إياكم والجلوس في الطرقات)، فقالوا: يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها، فقال رسول الله ﷺ: (فإذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه)، فقالوا: وما حق الطريق يا رسول الله؟ (قال: غرض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر). أخرجه: البخاري (١٧٣/٣)، ومسلم (الباس ١١٤)، وأحمد (٦٣/٣)، وفيه جواز الجلوس في الطرقات بالشروط التي وردت في الحديث.

والفرق: أنه إذا كان لا ينبغي به ملكاً فلا وزن له، فهو كالسبق في المساجد. وأما المساجد: فمن سبق إلى موضع للصلاة، لا يثبت له حق الاختصاص في صلاة أخرى، إذ لا غرض فيه.

ولو غاب في صلاة واحدة بعذر رعاف، أو ريح، أو تجديد وضوء، في متسع الوقت وعاد، ففي بقاء اختصاصه وجهان.

ووجه البقاء قوله، عليه السلام: «إذا قام أحدكم من مجلسه، في المسجد، فهو أحق به إذا عاد إليه»^(١).

وإن جلس ليقراً عليه القرآن، أو يتعلم منه العلم وألفه أصحابه، ثم فارقه، فهذا يظهر إلحاقه بمقاعد الأسواق. وأما الرباطات والمدارس: فالسابق إلى بيت أولى به.

وإن غاب بعذر، فإذا عاد فهو أولى به، لوقوع الإلف بوجه الارتفاق بالبقعة بخلاف المساجد.

ولو طال مقام واحد، إن كان له غرض كما في المدارس فلا يزعج إلى تمام الغرض. وإن لم يكن للغرض مرد، كرباط الصوفية، ففي إزعاجه وجهان.

ووجه الجواز: أنه يؤدي إلى أن يملك الرباط ويظل الاشتراك منه، فيتقدم إليها جماعة ويقيمون فيها على الدوام، وإن جوزنا ذلك فالرأي في تفصيل مدة الإقامة إلى المتولى، وهو جار في العكوف على المعادن ومقاعد الأسواق.

الباب الثالث: في الأعيان المستفادة من الأرض

كالمعادن والمياه

أما المعادن، فظاهرة وباطنة:

أما الظاهرة: كالملح المائي والجلبى، والنفط، والمومياء، والمياه العذبة في الأودية، والعيون، وأحجار الأرجبة، والقنور، وكل ما العمل في تحصيله لا في إظهاره، فهذا لا يتطرق إليه اختصاص، لا يتحجر، ولا يملك بإحياء ولا إقطاع؛ لما روى أن أبيض بن حمال المأري استقطع رسول الله ﷺ ملح مأرب، فهم بإقطاعه، فقيل له: يا رسول الله

(١) الحديث أخرجه: مسلم (السلام ٣١)، وابن ماجه (٣٧١٧)، وأحمد (٢٨٣/٢)، والدارمي

(٢٨٢/٢)، وعبد الرزاق (١٧٩٢)، وابن خزيمة (١٨٢١)، والبيهقي في شرح السنة

(٢٩٨/١٢)، وابن حجر في فتح الباري (٦٣/١١)، والبخاري في الأدب المفرد (١١٣٨).

ﷺ إنه كالماء العد، فقال: وفلا إذا^(١).

فلو سبق واحد وحوط مثل هذا المعدن، وبني وزعم أنه أراد مسكنًا، فالظاهر أنه لا يملكه، فإنه احتيال؛ إذ لا يقصد من هذه البقعة المسكن.

نعم. لكل سابق أن يأخذ قدر حاجته، لا يزعم قبل قضاء وطره، إلا إذا طال عكوفه، ففيه الخلاف السابق. فلو تسابق رجلان فتزاحما، قيل: إنه يقرع بينهما. وقيل: للقاضي أن يقدم منهما من يراه أحوج، وهو حار في مقاعد الأسواق.

فروع: لو حفر بجانب المملحة حفرة، يملك تلك الحفيرة. فلو اجتمع فيها ماء وانعقد ملحًا فهو مخصوص به، وكأنه أخذه بيده ووضعه في ظرف مملوك له.

أما المعادن الباطنة: فهي التي تظهر بالعمل عليها؛ كالذهب والفضة والفيروزج، وما هو مثبت في طبقات الأرض، ففي يملك ذلك بإحيائه بالإظهار بالعمل، أو بعمارة أخرى قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن إحياءه إظهار، فهو كعمارة الموات. والثاني: لا؛ إذ تبقى حياة العمارة بالبناء وهذا يحتاج إلى عمل في كل ساعة لينتفع به.

التشريع: إن قلنا: يملك، فهو كالموات على ما سبق، وفيه فروع:

الأول: لو حفر حفرة وظهر النيل في طرفها. لا يقصر ملكه على محل النيل، بل ما حواله على ما يليق بحرمه، فلو باع الأرض فالظاهر: المنع؛ إذ الرغبة فيه بالنيل، وهو غرر. والثاني: الجواز؛ تعويلًا على الرقبة، والنيل كدر الشاة وثمره الشجرة.

ولو جمع تراب المعدن وفيه الذهب لم يجز البيع؛ لأن التراب لا يقصد بخلاف الرقبة.

الثاني: لو قال لغيره: اعمل وكل النيل لك. فإن استعمل صيغة الإجارة، فالظاهر أنه يستحق أجرة المثل؛ لأنه إجارة فاسدة؛ إذ النيل يكون للمالك ولا يصلح أن يجعل أجرة.

وإن قال: أذنت لك أن تعمل لنفسك، كان النيل للمالك ولم يستحق الأجرة على الظاهر.

وفيه عن ابن سريج وجه: أنه يستحق كما لو شرط في المضاربة كل الربح للعامل.

(١) الحديث أخرجه: أبو داود (٣٠٦٤)، والترمذي (١٣٨٠)، وقال: حديث غريب، وابن ماجه

(٢٤٧٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٩/٦)، وفي معرفة السنن والآثار (١٢٢١٩)،

(١٢٢٢٣)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٣٠٣).

وإن قال: اعمل ولك النيل، فوجهان مشهوران لتردده بين صيغة الإذن والإحارة. أما إذا قال: اعمل على أن لك نصف النيل، فيستحق أجرة المثل هاهنا؛ إذ وجد قصد العمل لغيره، ولكن قيل: إنه يستحق أجرة نصف العمل؛ لأنه قصد غيره بالنصف. وقيل: إنه يستحق أجرة نصف العمل للكل.

أما إذا فرعنا على أنه لا يملك المعادن بالإظهار، فلو أحيا مواتاً بالبناء، ثم ظهر بعد ذلك معدن، فلا خلاف في أنه ملكه، فإنه من أجزاء الأرض المملوكة إلى تخوم الأرضين. وعلى قولي الملك ينبنى جواز الإقطاع، فإن قلنا: يملك بالإظهار تطرق إليه الإقطاع كالموات، وإلا فلا، كالمعادن الظاهرة.

أما المياه فهي ثلاثة أقسام:

الأول: المياه العامة المنفكة عن كل اختصاص، وهي التي لم تظهر بالعمل، ولا حفر نهرها كدجلة والفرات، وسائر أودية العالم: فحكمه أن من سبق إليه واقتطع منه ساقية إلى أرضه وانتفع به، جاز.

فإن تنازعا، وجب على الأسفل الصبر إلى أن يسرح إليه الأعلى فضل مائه، فقد ورد فيه الحديث^(١). فإن استوعب جماعة الماء بأراضيهم الحيا.

فمن سفل منهم لا حق له إلا بتبرعهم بالتسريح إليه، فإذا سقى كل واحد أرضه إلى الكعب كانت الزيادة ممنوعة؛ لأنه فوق الحاجة، كذلك ورد الحديث. فإن أراد واحد أن يعلو عليهم ويحبس عنهم الماء إلى أرض يستجد إحياءها، منع؛ لأنهم بالإحياء على شاطئ النهر استحقوا مرافق الأرض، والماء من مرافقها، ولو فتح هذا الباب لأبطل سعيهم في الإحياء وفاتت أملاكهم، فهي كالحریم المستحق بالعمارة.

القسم الثاني: المياه المختص بالملك بالإحراز في الأواني والروايا: فهو كسائر الأملاك، لا يجب بذله لأحد ولا لمضطر إلا بقيمة. والماء مملوك على الأظهر، ويبيع

(١) الحديث عن أبي هريرة مرفوعاً ولفظه: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلاء» أخرجه البخاري (١٤٤/٣)، والدولابي في الكنى والأسماء (١٤٩/٢)، والتبريزي في المشكاة (٢٩٩٤)، وابن حجر في فتح الباري (٣١/٥)، ولفظ «لا تمنعوا عباد الله فضل الماء لتمنعوا به الكلاء» أخرجه مسلم (المساقاة ب ٨ رقم ٣٧)، والبقوي في شرح السنة (٢٦٨/٨)، والهيثمي في مجمع الزوائد (١٢٥، ١٢٤/٤)، والسيوطي في الدر المنثور (١٦١/٦).

ولفظ: «لا تمنعوا فضل الماء ولا تمنعوا الكلاء» الهيثمي في موارد الفهمان (١١٤٢)، وابن حجر في فتح الباري (٣٢/٥).

صحيح.

القسم الثالث: متوسط بين الرتبتين، وهو: ما ظهر اختصاص بمنعه، كالمياه فى الآبار والقنوات، ولها صورتان:

إحدهما: أن يحفر المنتجع حفرة ليسقى بها ماشيته ولم يقصد ملك الحفرة، فهو أحق بذلك الماء.

فإن فضل عن حاجته، ومست إليه حاجة ماشية غيره، حرم عليه المنع؛ لقوله ﷺ: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً، منعه الله فضل رحمته»^(١). والمعنى: أنه يمتنع عن ماشية غيره بسبب منع الماء.

وهذا مخصوص بالماشية، ولا يجرى فى الزرع، وإنما هو لحرمة الروح، ولا يجرى فى الكلاً فى الحال لا يستخلف، فقد يتضرر به، والماء يستخلف.

ولا يجرى فى الدلو والرشاء، فلا يجب إعارته إلا بعوض؛ لأن الملك فيه ثابت، بخلاف الماء؛ إذ ليس فيه إلا حق سبق به.

الصورة الثانية: أن يقصد ملك البحر. فالماء الحاصل منه مملوك، وكذلك ماء القنوات.

وفى تحريم منع الشرب فيما يفضل من حاجته بغير عوض خلاف، منهم من نظر إلى عموم الخبر، ومنهم من خصص بما لم يملك، وألحق هذا بالبحر فى الأوانى.

فروع: إذا اشترك جماعة فى حفر قناة اشتركوا فى الملك بحسب العمل، أو بحسب التزام المؤنة، وقسموا الماء بنصب خشبة مستوية فيها ثقب متساوية كما جرت العادة.

فإن قسموا بالمهاياة، فالظاهر جوازها، فإنها لا تلزم، وفيه وجه: أنها تلزم، وفيه وجه: أنها لا تصح؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأوقات.

* * *

كتاب الوقف^(١)

والوقف قربة مندوب إليها؛ لما روى أن عمر، رضى الله عنه، قال: أصبت أموالاً لم أصب مثلها، وفيها حدائق ونخيل، فراجعت رسول الله ﷺ فقال: «حبس الأصل وسبل الثمرة»^(٢). ولقوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا في ثلاث: ولد صالح يدعو له، وعلم ينتفع به، وصدقة جارية»^(٣)، وليس ذلك إلا الوقف، وفي تفصيله بابان:

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة: الموقوف، والموقوف عليه، وصيغة الوقف، وشرطه.

الركن الأول: في الموقوف

وشرطه: أن يكون مملوكاً، معيناً، تحصل منه فائدة أو منفعة مقصودة دائمة مع بقاء الأصل.

أما قولنا: (مملوكاً) عممنا به العقار، والمنقول، والحيوان، والشائع، والمفرز. فكل ذلك مما يجوز وقفه، ومنع أبو حنيفة، رحمه الله، وقف الحيوان. ومنع بعض العلماء وقف

(١) هو في اللغة: الحبس، يقال: وقفت كذا، بدون ألف على اللغة الفصحى، أى حبسته. وفي الشريعة: حبس الملك في سبيل يصرف عليهم منافعه ويبقى أصله على ملك الواقف. انظر المعجم الوسيط (١٠٥١/٢).

(٢) الحديث رواه ابن عمر، رضى الله عنهما: «أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخير، فأثنى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به، قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القريب وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيق، ولا جناح على وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول» أخرجه بهذا اللفظ البخاري (ح ٣٧٢٧)، ومسلم (١٦٣٢)، ولفظ المصنف: أخرجه البيهقي (١٦٢/٦)، والشافعي في المسند (٣٠٨)، والألباني في السلسلة الضعيفة (٢٧٣).

(٣) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: الترمذي (١٣٧٦)، والزيلعي في نصب الراية (١٥٩/٣)، والزيدي في إتحاف السادة (١١٤/١، ٢٢/٥، ٨٧/٩)، والمنذرى في الترغيب والترهيب (٩٩/١، ١١٠، ١١٨)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٣، ٦٨)، والعراقي في المغنى عن حمل الأسمار (١٢/٢، ٢٣)، وكشف الخفا (١٠٥/١)، ولفظ: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله» أخرجه مسلم (١٦٣١)، وأبو داود (١٨٨٠)، والترمذي (١٣٧٦)، والسنائي (٢٥١/٦)، وأحمد (٣٧٢/٢)، والبيهقي (٢٧٨/٦)، والبغوى في شرح السنة (٣٠٠/١)، والتبريزي (٢٠٣).

المنقول، إلا تحبب فرس في سبيل الله. وعندنا: كل وقف في معنى ما اتفقوا عليه.

واحترزنا به عن: العبد الموصى بخدمته، والعين المستأجرة، فإن الموصى له لو وقف لا يصح؛ لأنه تصرف في الرقبة على الجملة إما بالحبس أو إزالة الملك، ولا ملك له. ولهذا لا يقف الحر نفسه، وإن صحت إجارته نفسه.

وأما الكلب: فقي وقفه خلاف كما في إجارته، وكما في هبته؛ لأنه مملوك منتفع به. ومن منع علل بأن الملك في غير متقوم، فإنه لا يقبل الاعتياض، فهو كالمعدوم.

ووقف المستولدة مرتب على الكلب، وأولى بالصحة؛ لأن الملك فيها مضمون، وإنما البيع ممتنع فيها لعارض الاستيلاء.

أما قولنا: (تحصل منه فائدة)، أشرنا به إلى ثمار الأشجار، ووقف الحيوانات التي لها صوف ووبر ولين تقوم مقام المنافع.

ولو وقف ثوراً على النزوان على بهائم قرية ينبغي أن يصح، كما لو وقف جارية على الإرضاع. نعم، لا يستأجر الفحل للنزوان؛ لأنه لا يقدر على تسليمه كما لا يستأجر الشجرة لثمارها.

أما قولنا: (منفعة دائمة)، احترزنا به عن وقف الرياضيين التي لا تبقى. وقولنا: (مقصودة)، احترزنا به عن وقف الدراهم والدنانير للتزين، وفيه خلاف كما في إجارته؛ لأن ذلك لا قصد منها. نعم، وقف الحلبي للبس، أو النقرة ليتخذ منها الحلبي جائز.

وقولنا: (مع بقاء أصلها)، احترزنا به عن الطعام فإن منفعته في استهلاكه، فلا يجوز وقفه. وقولنا: (معين)، احترزنا به عما إذا وقف إحدى داريه، وفيه وجهان، أظهرهما المنع، كما في الهبة، ومنهم من جوز، كما في العتق.

الركن الثاني: الموقوف عليه

فإن كان وقف قربة على جهة عامة، فيشترط أن يكون فيه ثواب. وإن كان معصية، كالوقف على بناء البيع والكنائس وكتبة التوراة، وإعانة قطاع الطريق، فهو فاسد.

وإن كان على الفقراء والمساكين فهو صحيح، وإن كان على الأغنياء فليس فيه ثواب ولا عقاب، ففيه وجهان: منهم من شرط القرية، ومنهم من اكتفى بانتفاء المعصية.

وكذلك لو وقف على اليهود والنصارى والفسقة، فيخرج على الوجهين. أما إذا كان الوقف على شخص معين، فيشترط أن يكون أهلاً للملك.

فمن صحت الهبة منه والوقف عليه، فيصح على اليهودى والفاسق المعينين؛ لأنه تمليك. وهل يصح على الحربى والمرتد؟ وفيه وجهان.

ووجه المنع؛ أنه يراد للبقاء، وهو مستحق القتل، لا بقاء له. ولا يجوز على الجنين؛ لأنه تمليك فى الحال أو إثبات حق فى الحال، فضاهى الهبة، بخلاف الوصية فإنها تقبل الإضافة.

ولا يصح على العبد، بل الوقف عليه وقف على سيده، ولا على البهيمة، وهل يكون الوقف وقفاً على صاحبها كما فى العبد؟ فيه وجهان.

فرعان: أحدهما: لو وقف على أحد رجلين على الإبهام فهو فاسد، كما يفسد مثله فى الهبة، وفيه وجه على قولنا: إن الوقف لا يفتقر إلى القبول، يخرج من وقف أحد العبدین.

الثانى: لو وقف على نفسه فالظاهر منعه؛ لأنه لم يجدد إلا منع التصرف؛ ولم يوضع العقد لمنع التصرف فقط. وذهب أبو عبد الله الزبيرى إلى جوازه؛ لما روى أن عثمان، رضى الله عنه، وقف بئراً وقال: دلوى فيه كدلاء المسلمين^(١)، وهذا ضعيف؛ لأن إلقاء الدلو فيها لا يفتقر إلى شرط بحكم العموم فى الصلاة فى المسجد.

نعم، لو وقف على الفقراء وافتقر، ففيه خلاف، والظاهر المنع؛ لأن الظاهر أن مطلق الوقف ينصرف إلى غير الواقف.

ولو شرط لنفسه التولية وأجرة، وقلنا: يمتنع الوقف على نفسه، فيبنى على جواز صرف سهم العاملين إلى بنى هاشم، وفيه خلاف. ولو شرط أن تقضى من ريعه ديونه وزكاته، فقد بعضه على نفسه، فيخرج على ما ذكرناه.

الركن الثالث: الصيغة

فلا بد منها، فلو صلى فى موضع، أو أذن فى الصلاة، ولم يصر مسجداً إلا بصيغة دالة عليه، وهى ثلاثة مراتب.

(١) الحديث عن عثمان «أن النبى ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة، فاشتريتها من صلب مالى» أخرجه البخارى فى صحيحه معلقاً (٢٧٧٨)، والدارقطنى (١٩٦/٤)، والبيهقى (١٦٨/٦)، والمتقى فى كنز العمال شرح السنة (٢٨٨/٨)، والترمذى (٣٧٠٣)، والبيهقى (١٦٨/٦)، والمتقى فى كنز العمال (٣٦٢٨٠)، وابن حجر فى فتح البارى (٢٩/٥)، وتغليق التعليق (٨/٣)، والتريزى (٦٠٦٦).

الرتبة الأولى وهي المرتبة العليا: قوله: وقفت البقعة، أو حسبتها، أو سبلتها على المساكين، فالكل صريح. فلو قال: وقفت البقعة على صلاة المصلين، فهل يصير مسجداً؟ فيه خلاف. وذكر الإصطخري أن لفظ التحسيس والتسجيل كناية عن الوقف، وهو بعيد؛ إذ ثبت يعرف لسان الشرع؛ إذ قال، عليه السلام: «حبس الأصل وسبل الثمرة».

الرتبة الثانية: قوله: حرمت هذه البقعة وأبدتها على المساكين. فإن نوى الوقف حصل، وإن أطلق فوجهان:

أحدهما: أنه صريح؛ لعرف الاستعمال في الوقف. والثاني: أنه كناية؛ لأنهما لا يستعملان إلا تابعاً مؤكداً.

الرتبة الثالثة: قوله: تصدقت. وهو ليس بصريح للوقف، فإن أضاف إليه قرينة قاطعة، كقوله: تصدقت صدقة محرمة مؤبدة لا تباع ولا توهب، تعين له. وإن لم يتعرض لمنع البيع والهبة، ففيه خلاف.

وإن لم يذكر قرينة، ولكن نوى الوقف، فإن جرى مع شخص معين لم يكن وقفاً؛ لأنه وجد نفاذاً فيما هو صريح فيه، وهو التملك. وإن أضاف إلى قوم، ففيه خلاف؛ لتعارض الاحتمال مع ظهور جهة التملك من اللفظ.

هذا في الإيجاب، وأما القبول: فلا يمكن شرطه في الوقف المضاف إلى الجهات العامة. وإن وقف على شخص معين فوجهان، ووجه الاشتراط أنه يبعد إدخال شيء في ملك غيره قهراً من غير قبوله مع تعيينه.

فإن قلنا: يشترط القبول، فلا شك أنه رد امتنع برده، كما نقول في الوكالة. أما البطن الثاني فلا يشترط قبولهم؛ لأنهم كالفروع، ولا يتقبل استحقاقهم بالإيجاب، وهل يرد عنهم بردهم؟ فيه خلاف.

الركن الرابع في الشرائط

وهي أربعة: التأيد، والتنجز، والإلزام، وإعلام المصرف.

الأول: التأيد: ونعني به أن لا يقف على جهة ينقطع آخرها، كما إذا وقف على أولاده ولم يذكر المصرف بعدهم، فإن فعل ذلك فهو وقف منقطع الآخر، وفي صحته قولان، الأصح الذي به الفتوى بطلانه؛ لأنه مائل عن موضوعه في التأيد، ويبقى أمره مشكلاً بعد انقراضهم، فليضف بعده إلى جهة لا تنقطع، كالمساكين، والعلماء، ومن يجري مجراهم.

وذكر صاحب التقريب قولاً: أن ذلك يمتنع في العقار دون الحيوان، فإن الحيوان أيضاً يعرض للانقطاع، فإن فرعنا على الجواز، ففي انقطاع الوقف بانقراضهم قولان:

أحدهما: أنه يعود ملكاً، فيصرف إلى ورثة الواقف. والثاني: أنه يبقى وقفاً، ويصرف إلى أهم الخيرات، وفيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يصرف إلى أقرب الأقارب؛ لورود أخبار فيه. وعلى هذا، هل يشترك فيه الأغنياء والفقراء؟ وجهان. وهل يقدم من قدم في الإرث؟ أو يراعى قرب الدرجة؟ وجهان. والثاني: أنه يصرف إلى المساكين؛ لأنه أعم جهات الخير. والثالث: أنه يصرف إلى مصالح الإسلام، فإنه الأعم.

أما إذا قال: وقفت على الفقراء سنة أو سنتين، وقطع آخره بالتأقيت، فالمذهب فساد هذا الشرط، وفيه وجه مخرج من المسألة السابقة.

ثم إذا فسد الشرط، فهل يفسد الوقف؟ إذ كان من قبيل التحرير، كجعل البقعة مسجداً، فلا يفسد، بل يتأبد كالعتق؛ لأنه فك عن اختصاص الآدميين كالتحرير.

وإن كان وقفاً على شخص معين، وقلنا: يفتقر إلى قبوله، فيفسد كسائر المعاملات. وإن كان وقفاً على جهة الفقر والمسكنة، فوجهان؛ لتردده بين التحرير والتملك.

الشرط الثاني: التنجيز في الحال: فلو قال: وقفت على من سيولد من أولادى، فهو وقف منقطع الأول، ففيه طريقتان:

أحدهما: أن فيه الأقوال كما في المنقطع الآخر، فيعود ما فضلناه. والثاني: البطلان؛ لأنه لم يجد في الحال مقراً ينزل فيه.

فلو قال: وقفت على عبدى، أو كان مريضاً فقال: وقفت على وارثى ثم بعده على المساكين، فهو وقف منقطع الأول، فإن صححنا فلا يصرف إلى المساكين ما لم يموت العبد والوارث؛ لأنه لم يدخل أول الوقف، إلا أن يقول: وقفت على رجل ثم بعده على المساكين، فإنه لا يمكن ترقب انقراض من لا يتعين، فيصرف في الحال إلى المساكين.

وكذلك إذا وقف على معين فردّه، أو لم يقبل، إذا شرطنا قبوله، فقد صار منقطع الأول.

أما إذا صرح بالتعليق وقال: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت على المساكين، قطع العراقيون بالبطلان؛ لأنه لا يوافق مصلحة الوقف بخلاف الوقف على من يوجد من

الأولاد. وذكر المرازقة بخلاف، وهو متجه فيما لا يحتاج إلى القبول.

فقد ذكر ابن سريج وجهًا في تعليق الضمان، فينقذ أيضًا طرده في الإبراء وكل ما يستقل الإنسان به تشبيهًا له بالعتق.

الشرط الثالث: الإلزام: فلو قال: وقفت بشرط أن أرجع متى شئت، أو أحرم المستحق وأحوله إلى غيره متى شئت فهو فاسد؛ لأنه يناقض موضوعه في اللزوم.

فأما إذا قال، وقفت على أنى بالخيار لأغير مقادير الاستحقاق بحكم المصلحة، فله ذلك. ولو قال: على أنى أبقي أصل الوقف ولكن أغير تفصيله، فوجهان:

أحدهما: المنع، للزوم الأصل والوصف. والثاني: الجواز؛ لأن شرطه متبع. فإذا شرط التغيير بتغير رأيه، فيكون ذلك أيضًا من الشرائط.

فرعان: أحدهما: لو شرط أن لا يؤاجر الوقف أصلاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه يتبع. والثاني: لا؛ لأنه حجر على من ثبت ملك المنفعة. والثالث: أنه يجوز في قدر سنة فيتبع؛ لأنه يليق بمصلحة الوقف ولو شرط المنع من أصل الإجارة، ولم يتبع.

الثاني: لو جعل البقعة مسجداً وخصصه بأصحاب الحديث أو الرأى لا يختص بهم؛ لأنه من قبيل التحرير، فلا يثبت الشرط فيه كالعتق. وفيه وجه: أنه يتبع للمصلحة، وقطع المنازعة في إقامة الشعائر.

أما إذا جعل البقعة مقبرة، ففي تخصيصه بقوم خلاف ظاهر؛ لتردده بين المسجد وبين مساكن الأحياء.

الشرط الرابع: بيان المصروف. فلو قال: وقفت هذه البقعة، ولم يذكر التفصيل، ففيه قولان: أظهرهما: الفساد؛ للإجمال.

والثاني: أنه يصح، ثم في مصرفه من الكلام ما في منقطع الآخر إذا صححناه، فرعان:

أحدهما: لو وقف على شخصين وبعدهما على المساكين، فمات أحدهما، فنصيبه لصاحبه أو للمساكين؟ فيه وجهان.

الثاني: لو رد البطين الثاني، وقلنا: يرد عنهم بردهم. فقد صار الوقف منقطع

الوسط، فيعود في مصرفه، إلى أن ينقضى البطن الثاني، ما ذكرناه من الأقوال، وقولان آخران:

أحدهما: الصرف إلى البطن الثالث، ويلتحقون بالمعدومين عند الرد. والثاني: الصرف إلى الجهة العامة المذكورة في شرط الوقف عند انقراض الجميع؛ لأنه أقرب إلى مقصود الواقف من غيره.

الباب الثاني: في حكم الوقف الصحيح

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في أمور لفظية

وفيه مسائل: الأولى: إذا قال: وقفت على أولادى وأولاد أولادى، فمعناه التشريك دون الترتيب؛ إذ التقديم يفترق إلى زيادة دلالة، وليس في اللفظ عليه دليل إلا أن يقول: بطناً بعد بطن، وما يجري مجراه.

الثانية: إذا قال: وقفت على أولادى وبعدهم على المساكين، فالظاهر أن أولاد الأولاد لا يستحقون؛ لأنهم يسمون أحفاداً.

فلو قال: وعلى أولاد أولادى، دخل فيه أولاد البنين^(١) والبنات. وكذلك إذا قال: على ذريتى أو عقبى أو نسلى، فأولاد البنات يدخلون فيه.

ولو قال: على من ينتسب إلى من أولاد أولادى، لم يدخل فيه أولاد البنات. قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبنائنا بنوهم أبناء الرجال الأبعاد

الثالثة: إذا قال: على البنين أو البنات لم يدخل الخنثائى؛ لأنه مشكل، ولو قال: على البنين والبنات، ففيه وجهان؛ لأنه وإن كان لا يعدهما فلا يعد منهما.

ولو قال: على الأولاد، دخل فيهم. والظاهر أن الولد المنفى باللعان لا يستحق؛ إذ اللعان لا يظهر أثره إلا في حق الزوج الملاعن؛ للضرورة.

والجنين لا يستحق؛ لأنه ليس بولد، فإذا ولد لم يستحق الربيع الحاصل في مدة اجتنانه، وإنما يستحق من وقت الولادة.

(١) هذا لأن لفظ (الولد) يستغرق كل ما ولد فيطلق على الذكر والأنثى والمثنى والجمع، يدل عليه قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾ [النساء: ١١] الآية، وانظر: المعجم الوسيط (١٠٥٦/٢).

الرابعة: لو قال: على عترتي، قال ابن الأعرابي وثعلب: هم ذريته. وقال القتيبي: هم عشيرته.

الخامسة: لو وقف على بنى تميم، ففي دخول البنات وجهان: أحدهما: لا؛ لخصوص اللفظ. والثاني: نعم؛ لأنه إذا ذكر في القبيلة أريد كل من ينتسب إليها، ثم يغلب التذكير في اللفظ. السادسة: إذا قال: وقفت على أولادي، فإذا انقرض أولادي وأولاد أولادي فعلى المساكين.

فمنهم من قال: هذا منقطع الوسط؛ إذ لا دخول لأولاد الأولاد في الوقف. ومنهم من قال: جعل اشتراط انقراضهم قرينة دالة أيضاً على دخولهم في الاستحقاق. السابعة: لو وقف على الموالى، وليس له إلا الأعلى أو الأسفل، تعين له. ولو كان له كلاهما، فتلاثة أوجه: أحدها: البطلان؛ للإجمال وهو الأصح. والثاني: التوزيع على الأعلى والأسفل؛ لاشتراك اللفظ. والثالث: تقديم الأعلى؛ لاختصاصه بالعصبة.

الفصل الثاني: في الأحكام المعنوية

وفيه مسائل: الأولى: أن الوقف حكمه لزوم في الحال بخلاف لأبي حنيفة، رحمه الله، فإن قال: لا يلزم إلا إذا أضيف إلى ما بعد الموت. ثم لزومه في منع المالك من التصرفات، وهل يوجب زوال ملكه؟

نظر؛ فإن جعل البقعة مسجداً زال ملكه، وكأنه تحرير وفك عن الاختصاصات، ولذلك لا يتبع فيه شروطه.

وإن وقف على معين، أو على جهة القربات، فالظاهر أنه يزول ملكه، ولكن إلى الموقوف عليه؟ أو إلى الله تبارك وتعالى؟ فيه قولان:

أحدهما: إلى الله تبارك وتعالى فإنه قربة، وتصرف الموقوف عليه غير نافذ. والثاني: إلى الموقوف عليه، فإنه يقول: وقفت عليك، ولا يبعد ملك لا ينفذ فيه التصرف.

وعلى الجملة: إن كان الموقوف عليه معيناً، فيبعد قول الملك إلى الله تبارك وتعالى فإنه ليس من القربات.

وإن كان على المساكين وجهات القربات، فيبعد نقل الملك إلى المساكين، كيف وقد يقف على الرباطات والقناطر وحمامات مكة، ومن لا ينسب إليه ملك.

ومن أصحابنا من خرج قولاً ثالثاً: أنه لا يزول ملك الواقف؛ لأن الشرط لا يتبع في الملك الزائل، إلا أنه تضمن الحجر في التصرفات وإثبات الاستحقاق في الثمرات.

الثانية: لا خلاف في أن الموقوف عليه يملك الغلة وثمار الشجرة، واللبن، والوبر، والصوف من الحيوان. ولا يقطع أغصان الشجرة، إلا إذا كان هو المقصود، كما في شجرة الخلاف، وهل يملك ولد الموقوفة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كاللبن. والثاني: لا، بل ولده وقف، كما أن ولد الضحية ضحية، وولد المستولدة مستولدة. ولا يملك وطء الجارية الموقوفة؛ لأنه وإن قدر ملكه فيها فهو ضعيف. نعم، يصرف إليه مهرها إذا وطئت بالشبهة؛ لأنه في حكم بدل المنفعة، فيشبه أجرة المنفعة.

وهل يملك تزويج الجارية؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه ينقص الوقف، فيخالف غرض الواقف. والثاني: نعم؛ لأنه نوع انتفاع.

فإن قلنا: تزوج، فيزوجها الموقوف عليه إن قلنا: إن الملك له. ويزوجها السلطان إن قلنا: إن الملك لله تبارك وتعالى.

وهل يستشير الواقف والموقوف عليه لتعلقه بغرضهما؟ فيه خلاف.

وإن قلنا: للواقف، فلا يستشير السلطان، وهل يستشير الموقوف عليه؟ فيه خلاف من حيث إنه نقص عن انتفاعه، فيكاد يكون إبطالاً لما أثبت له. فإن قلنا: يجوز تزويجها، فلو تزوج بها الموقوف عليه، وقلنا: إنه لا ملك له، صح، وإن قلنا: له الملك فلا.

الثالثة: تولية أمر الوقف والنظر في مصالحه إلى من شرطه الواقف، فإن سكنت عنه، فطريقان:

أحدهما: للواقف؛ لأنه كان له، ولم يشترط صرفه إلى غيره. والثاني: أنه نبني على أقوال الملك، فيكون لمن له الملك.

فإن قلنا: لله، فهو للسلطان. ثم يشترط في المتولى خصلتان: الأمانة والكفاية.

فإن أخلت إحداهما نزع السلطان من يده ذلك، وفيه وجه: أن العدالة لا تشترط إن كان الموقوف عليه معيناً ولم يكن فيه طفل، ولكنه يستعدي عليه المستحق إن خان، وهو بعيد.

ثم إلى المتولى العمارة وتحصيل الربيع بالزرع، والإجارة ومصرفه إلى المستحق. وله إثبات اليد على الوقف إذا شرط التصرف وشرط اليد لغيره. وله من الأجرة ما شرط له، فإن لم يشترط فهو مبنى على أن مطلق الاستعمال هل يقتضى أجرة؟ وفيه خلاف.

الرابعة: نفقة الموقوف من الموضع المشروط، فإن سكنت فهو من الارتفاع. فإن كان للعبد كسب فهو من كسبه، فإن بطل كسبه فهو على من يحكم بأن الملك فيه له على موجب الأقوال. هذا في الحيوان الذى لا يجوز تعطيله لحرمة الروح، فأما العقار فلا تجب عمارته إلا على من يريد الانتفاع فيعمره باختياره.

الخامسة: إذا تعطل مال الوقف، فله أحوال:

الحالة الأولى: أن يتلفه متلف، فيجب الضمان عليه، وماذا يفعل به؟ فيه طريقتان: أحدهما: أنه يصرف ملكاً خالصاً إلى من يقال: إن الملك له. فإن قلنا: لله، تبارك وتعالى، فيشتري به مثله ويجعل وقفاً. والثاني، وهو الأصح: أنه يشتري به مثله، إن كان عبداً فعبداً، أو شقص عبداً إن لم يوجد عبداً؛ لأن علة الوقف أكد من الرهن الذى لا يتعدى إلى الولد قطعاً، فبأن يسرى إلى البديل ولا يفوت بفوات العين أولى.

وإن كانت العناية على الطرف، فيشتري به أيضاً شقص عبداً، وهاهنا يحتمل أن يسلك به مسلك الفوائد، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً، وهذا ذكره صاحب التقريب.

الحالة الثانية: أن لا يكون مضموناً. فإن لم يبق منه بقية، كالعبد إذا مات فقد فات الوقف. وإن بقى متمولة، كالشجرة إذا جفت وبقي الحطب، ففى انقطاع الوقف وجهان:

أحدهما: أنه ينقطع، كالعبد إذا مات، والحطب إن كان يتمول فالوقت متعلق باسم الشجرة، فعلى هذا ينقلب الحطب ملكاً إلى الواقف.

والثاني: أنه يبقى أثر الوقف، فإن إبقاءه ممكن، ثم فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يشتري بثمنه شجرة أو شقص شجرة ويجعل وقفاً. والثاني: أنه يستوفى منفعتة بإجارته جذعاً. والثالث: أنه يستوفى الموقوف عليه عينه، فيصير ملكاً له.

الحالة الثالثة: حصير المسجد إذا بلى وجذعه إذا انكسر، أو انفصلت نخاتة منه فى النحر، فيه وجهان:

أحدهما، وهو الأصح: أنه يباع ويصرف إلى مصالح المسجد؛ كيلا يضيق المكان أو لا يتعطل. والثاني: أنه يبقى كذلك، فإنه وقف لا يمكن بيعه، وليس يمكن استيفاء عينه فيترك أبداً.

أما إذا أشرف جذعه على الانكسار، وداره على الانهدام، وعلم أنه لو أفرج لخرج عن أن يكون منتفعاً به وبطلت ماليته أيضاً، ففي جواز بيعه وجهان مشهوران:

أحدهما يميل إلى الاحتياط، والآخر إلى المصلحة. فإن قلنا: إنه يباع، فالأصح أنه يصرف الثمن إلى جهة الوقف، ويحصل مثل ما بيع.

الحالة الرابعة: أن يتفرق الناس عن البلدة، وتخرب البلدة، ويتعطل المسجد أو يخرب المسجد، فهنا لا يعود المسجد ملكاً، ولا يباع، ولا يتصرف في عمارته؛ لأن عود الناس متوقع، بخلاف الموت والجفاف.

وكذلك إذا وقف شيئاً على بعض الثغور كطرسوس، فبطل واتسعت خطة الإسلام حواليتها.

قال الأصحاب: يحفظ ارتفاع الوقف؛ فإنه يتوقع أن يعود ثغراً كما كان فلم يحصل على اليأس.

المسألة السادسة: الجارية الموقوفة إذا وطئت بالشبهة: إن كان الواطئ أجنبياً وأجبل، لزمه المهر للموقوف عليه، وتلزمه قيمة الولد؛ لأن الولد حر ويشتري بقيمة الولد مثله، وإن قلنا: يسرى الوقف إلى الولد، وإلا فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً كالمهر.

وإن كان الواقف هو الواطئ: فهذا حكمه، ويزيد أمر الاستيلاد، ولا ينفذ إن قلنا: لا ملك له، وإن قلنا: الملك له، فوجهان:

ووجه المنع: تأكيد حق الموقوف عليه فيه. وإن كان الواطئ هو الموقوف عليه فلا مهر؛ إذ هو مصرفه، والولد حر، ولا قيمة إن قلنا: إن مصرفه هو، وإن قلنا: يشتري به مثله فيلزمه، والاستيلاد لا ينفذ إن قلنا: لا ملك له، وإن قلنا: له الملك، فينفذ على الأصح؛ إذ اجتمع له ملك الرقبة والمنفعة، بخلاف الواقف.

السابعة: إذا أجر الموقوف عليه الوقف فطلب بزيادة فلا فسخ له، وإن أجز المتولى ما هو للخيرات، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا أثر له؛ إذ صح العقد الموافق للغبطة أولاً، فلا نظر إلى ما يطرأ، وهو

الأصح. والثاني: أنه يفسخ؛ لأنه يخالف الغبطة في المستقبل. الثالث: أنه إن زاد على السنة في العقد فله أن يمنع ما زاد على السنة.

الثامنة: أنه إن تعذر العثور على شرط الواقف يقسم على الأرباب بالسوية، فإن لم يعرف الأرباب جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه، فيصرف إلى تلك المصارف التي ذكرناها.

* * *

كتاب الهبة^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانها

وهي ثلاثة:

الأول: صيغة العقد

فلا بد من الإيجاب والقبول. وعن ابن سريج: أنه يجوز تراخي القبول، وهو بعيد. والصحيح: أنه في الإبراء لا يقتصر إلى قبول من عليه إلا أن يكون بلفظ الهبة، ففيه تردد. والفعل لا يقوم مقام اللفظ، كالمعاطاة في البيع.

وذكر الفوراني أنه يكفي في الهدايا بالفعل، فلا يعتبر اللفظ، فإن العادة كانت مستمرة في عصر رسول الله ﷺ.

وما ذكره محتمل في الأطعمة، أما ما عداه فلا يمكن دعوى اطراد العادة فيه، ويتصل بالصيغة حكم الرقبي والعمرى^(٢).

أما العمرى، فلها ثلاث صور:

الأولى: أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، أي جعلتها لك في عمرك، فإذا مت

(١) الهبة لغة: مأخوذة من وهب، يقال: وهب يهب وهبًا، ووهبًا وهبة، والاسم: الموهوب والموهبة، ولا يقال: وهبه، هذا قول سيوييه، وحكى السيرافي عن أبي عمرو أنه سمع أعرابيًا يقول لآخر: انطلق معي أهيك نبلا.

وهبت له هبة، وموهبة، ووهبًا: إذا أعطيته، ووهب الله له الشيء، فهو يهب هبة، وتواهب الناس بينهم، أي: يهب بعضهم بعضًا، وهي في الأصل مصدر، الأول عوض عنه هاء التأنيث، فاصلها: وهب بتسكين الهاء وتحريكها، ومما تقدم من اشتقاق لفظ الهبة، يتبين لي أنها تطلق في اللغة على التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقًا، سواء أكان مالا أو غير مال. واصطلاحًا: التملك بلا عوض.

انظر: لسان العرب (٤٩٢٩/٦)، والمعجم الوسيط (١٠٥٩/٢)، وفتح القدير (١٩/٩).

(٢) [الرقبي]: المراقبة، والرقبي: أن يعطى إنسان آخر دارًا أو أرضًا، فإن مات أحدهما كانت للحي فكلهما يترقب وفاة صاحبه، ولهذا سميت؛ وسيأتي اصطلاحًا من المصنف.

[العمرى]: من عقود التملك: أن يقول مثلاً: هذه الدار لك عمرك، فإذا مت رجعت إلي، أو هي لك عمرى، فإذا مت رجعت إلى أهلي.

انظر: المعجم الوسيط (٣٦٣/١)، (٦٢٧/٢).

فهى لورثتك، فهذا صحيح؛ لأنه عبر به عن مقتضى الهبة وإن طول فيه.

الثانية: أن يقول: أعمرتك حياتك، أى جعلتها لك فى عمرك، ولم يتعرض لما بعد موته، فقولان: القديم: بطلانه، وهو الأقيس؛ لأنه هبة مؤقتة فيضاهى البيع المؤقت. والجديد: أنه يصح ويقتضى لورثته؛ لقوله عليه السلام: «لا تعمروا ولا ترقبوا، ومن أعمار شيئاً أو أرقب فسبيله الميراث»^(١). وفيه قول ثالث ضعيف: أنه يصح كما شرط.

الثالثة: أن يقول: فإذا مت عاد إلى، ففيه قولان مرتبان:

أحدهما: البطلان وهو القياس؛ لتصريحه بما يناقض الموضوع، فهو أولى بالبطلان من المطلق. ووجه الصحة: إلغاء شرطه، وتقرير الهبة على موضوعها.

ومن هذا استنبط بعض الأصحاب قولاً: أن الهبة لا تفسد بالشرائط الفاسدة، بخلاف البيع؛ لأن الشرط فى البيع يطرق جهلاً إلى العوض إذ يصير المشروط مقصوداً مع العوض.

أما إذا أضاف إلى عمر غير المتهب أو إلى وقت معلوم، فالظاهر فساده وإن فرعنا على الجديد. وفيه وجه مخرج: أنه تلغى الإضافة وتصح الهبة مطلقاً.

أما الرقبي:

هو أن يقول: أرقبتك دارى، أو دارى لك رقبى، أى هى لك، فإن مت قبلى عادت إلى، وإن مت قبلك استقر ملكك.

فحكمه حكم الصورة الثالثة من العمرى؛ لأنه مازاد إلا قوله: إن مت قبلك استقر

(١) الحديث له ألفاظ متقاربة، أخرجه: البيهقى (١٧٥/٦)، الشافعى (٢١٩)، والزيلعى فى نصب الراية (١٢٨/٤)، البغوى فى شرح السنة (٢٩٢/٨)، الساعاتى فى بدائع المنن (١٣٧٧)، ابن حجر فى تلخيص الحبير (٧١/٣)، الألبانى فى إرواء الغليل (٥٢/٦).

وفى الباب أحاديث أخرى، عن أبى هريرة وزيد بن ثابت، وابن عباس، وجابر، رضى الله عنهم، بأسانيد صحيحة ومنها ما فى الصحيحين: بلفظ: «العمرى جائزة لأهلها»، أخرجه: البخارى (٢١٦/٣)، مسلم (الهيئات ٣٠، ٣٢)، أبو داود (٣٥٥٨)، الترمذى (١٣٤٩)، (١٣٥١)، النسائى (العمرى ب ١، ب ٢، ب ٤)، أحمد (٣٢٩/٢، ٢٩٧/٣)، الهيثمى فى مجمع الزوائد (١٥٦/٤)، الطبرانى (٢٤٧/٧، ٣٢٣/١٩)، ابن أبى شيبه (١٤٢/٧، ١٤٣)، ولفظ: «العمرى ميراث لأهلها»، أخرجه: مسلم (الهيئات ٣١)، النسائى (٢٧٠/٦)، أحمد (٤٢٩/٢)، (٢٩٧/٣)، ابن حجر فى التلخيص (٧١/٣)، ابن الجارود فى المنتقى (٩٨٥)، ابن عبد البر فى التمهيد (١٢١/٧)، ابن أبى شيبه (١٣٨/٧، ١٣٩)، وفى الباب ألفاظ أخرى.

ملكك، وهذا يوافق موضوع العقد.

الركن الثاني: فى الموهوب

وكل ما جاز بيعه جاز هبته وإن كان شائعاً، قبل القسمة أو لم يقبل. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يصح هبة شائع قابل للقسمة. وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه كالأبق، لا تصح هبته.

وفى هبة الكلب خلاف من حيث إنه تصح الوصية به، وهو نقل اختصاص، وإنما الحديث ثمنه؛ بحكم الحديث^(١).

واختلفوا فى أن هبة المرهون هل تفيد الملك عند فك الرهن، أم يفتقر إلى إعادته، مع أن القطع بأن تعليق الهبة لا يجوز، وأن بيع المرهون باطل؛ لأن الهبة لا توجب الملك بنفسها، بخلاف البيع؟.

واختلفوا فى هبة الدين، إن قلنا: يصح بيعه من غير من عليه الدين. والأصح المنع؛ لأن القبض فى الدين غير ممكن. ومن صحح اكتفى بقبض الدين بتعيينه.

وقيل: يطرد هذا الوجه فى رهن الدين وهو فيه أبعد؛ إذ الوثيقة متعلقة بالقبض فيه، فأمر القبض فيه أكد.

الركن الثالث: القبض

والهبة لا تفيد الملك عندنا إلا بعد القبض، خلافاً لمالك، رحمه الله، وذلك لأن أبا بكر الصديق، رضى الله عنه، نخل عائشة رضى الله عنها، جداد عشرين وسقاً من التمر، ثم مرض وقال: «وددت لو كنت حزته، والآن هو مال الوارث»^(٢).

ومن أصحابنا من قال: إذا قبض تينا حصول الملك عند العقد، وتسلم للمتهدب الزوائد الحاصلة قبل القبض. وأخذ ذلك من نص الشافعى رضى الله عنه، على أن من وهب عبداً قبل هلال شوال، وقبض بعد الاستهلال، فالفطرة على المتهدب.

وقد قيل: إن هذا من الشافعى رضى الله عنه، تفريع على مذهب مالك.

فرعان: أحدهما: لو قبض المتهدب دون إذن الواهب لم يجز يحصل الملك. وقال أبو

(١) الحديث سبق تحريجه، وهو عند مسلم (ح ١١٩٩/٣).

(٢) أخرج هذا الأثر: مالك (٥٧٦/٢)، البيهقى (١٧٠/٦)، وفى معرفة الآثار (١٢٣١٦)، ابن

حجر فى تلخيص الحبير (١٣٢/١)، الزيلعى فى نصب الراية (١٢٢/٤).

حنيفة، رحمه الله: يحصل.

الثاني: إذا مات الواهب قبل القبض، فالأظهر أن الوارث يتخير في الإقباض، كالبيع في زمان الخيار.

ومنهم من قال: ينفسخ العقد؛ لأن هذا عقد جائز فينفسخ بالموت كالوكالة والوكالة، وكان هذا القائل يجعل القبض كجزء من السبب مثل القبول.

الباب الثاني: في حكم الهبة الصحيحة

وفيه فصلان:

الأول: في الرجوع

والأصل أن الهبة مندوب إليها، قال عليه السلام: «تهادوا تحابوا»^(١)، وهو مع الأقارب أحب؛ لأن فيه صلة الرحم.

وإذا وهب من أولاده فليسوا بينهم؛ لأنه قال، عليه السلام، للنعمان بن بشير، وقد وهب بعض أولاده شيئاً: «أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟»، فقال: نعم، فقال: «فلارجع وسو بينهم»^(٢). وإن خصص فالهبة تنعقد، ولكنه يكون تاركاً للأحب. وهل

(١) الحديث، باللفظ الذي أورده المصنف، أخرجه: البيهقي (١٦٩/٦)، الهيثمي في مجمع الزوائد (١٤٦/٤)، مالك (٣٩٠٨)، ابن عبد البر في التمهيد (١١٦/٦)، الزبيدي في إتحاف السادة (١٥٩/٦)، (١٦٠، ٢٢١)، الدولابي في الكنى والأسماء (٧/٢)، الزيلعي في نصب الراية (١٢٠/٤)، (١٢١)، الألباني في إرواء الغليل (٤٤/٦)، ابن عدي في الكامل في الضعفاء (١٤٢٤/٤)، ابن عراق في تنزيه الشريعة (٣٨٠/١)، الفتى في تذكرة الموضوعات (٦٥). وفي لفظ: «تهادوا تزادوا حباً»، الهيثمي (١٤٦/٤)، الدولابي (١٤٣/١)، المتقى الهندي (١٥٠٥٧)، الزبيدي (٣٤٦/٥)، ابن عراق (١٨٤/١).

وفي لفظ: «تهادوا فإن الهدية تخرج (تذهب)، الضغائن (السخيمة)»، الهيثمي (١٤٧/٤)، المتقى الهندي (١٥٠٩٣)، (١٥٠٦٠)، الزبيدي (٣٤٧/٥)، (١٥٩/٦)، ابن حجر في تخيص الحبير (٦٩/٣)، الألباني في إرواء الغليل (٤٥/٦).

وفي لفظ: «تهادوا فإن الهدية تذهب وحر»، (وغر الصدر)، أخرجه: الترمذي (٢١٣٠)، التبريزي (٣٠٢٨)، الزيلعي (١٢١/٤)، الزبيدي (٣٤٦/٥)، (١٥٩/٦)، أحمد (٤٠٥/٣)، وفي الباب ألفاظ أخرى.

(٢) حديث النعمان بن بشير، متفق على صحته، وإن اختلفت ألفاظه، وقد روى من طرق منها ما اتفق عليه مالك، والبخاري، ومسلم من طريق الزهري، عن محمد بن النعمان، وحيد بن بشير، عن النعمان قال: «إن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: «أكل ولدك نخلته مثل هذا؟»، قال: لا، قال رسول الله ﷺ: =

يستحب التسوية بين الابن والبنت؟ فيه تردد.

وحكم الهبة إذا صحت: إزالة الملك ولزومه إلا فيما يهب لولده قال، عليه السلام: ولا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما يهب لولده^(١). وقال أبو حنيفة: يرجع كل واهب، إلا الوالد.

ثم النظر فيمن يرجع وما به الرجوع، وما يرجع فيه. أما الرجوع: فهو الأب، وفي معناه الجد في ظاهر المذهب. وقيل: إنه يختص بالأب.

وقيل: يتعدى إلى الجد من قبل الأب، وولي؛ لأن هذا احتكام، والظاهر أن الوالدة في معنى الوالد، وفيه وجه بخلافه.

فروعه: أحدها: إن تصدق علي ولده عند حاجته، فالظاهر: أنه يرجع؛ لأنه هبة. وفيه وجه: أنه لا يرجع؛ لأنه فقد طلب الثواب، لا لإصلاح حال الولد، وقد حصل الثواب.

الثاني: صبي تداعاه رجلان، ووهبه كل واحد منهما فلا رجوع لأحدهما؛ إذ لم يثبت أبوته.

فإن قامت له البينة، ففي رجوعه خلاف؛ لأنه لم يكن له حال العقد أبوة ظاهرة.

= وفارجمه، أخرجه البخاري (٢٥٨٦)، مسلم (١٦٢٣/٩)، مالك (٧٥١/٢)، النسائي (٢٥٨/٦)، الترمذي (١٣٦٧)، ابن ماجه (٢٣٧٦)، أحمد (٢٦٨/٤)، الشافعي (١٦٧/٢).

ومن طريق الشعبي وفيه: «واتقوا الله واعملوا بين أولادكم»، أخرجه البخاري (٢٥٨٧)، مسلم (١٦٢٣/١٨)، أبو داود (٣٥٤٢)، النسائي (٢٥٩/٦)، ابن ماجه (٢٣٧٥)، أحمد (٢٦٨/٤)، ٢٦٩، ٢٧٠، وللحديث ألفاظ وطرق أخرى.

(١) الحديث أخرجه الشافعي (١٦٨/٢ ح ٥٨٤)، من طريق ابن جريج عن الحسن بن مسلم، عن طاوس؛ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب، إلا الوالد من ولده»، هذا لفظ الشافعي، وأخرجه النسائي (٢٦٨/٦)، عبد الرزاق (١٦٥٣٦)، البيهقي (١٧٩/٦).

ومن طريق عمرو بن شعيب، عن طاوس، عن ابن عمر وابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لرجل يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي عطية، ثم يرجع فيها مثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد فيه»، أخرجه: أحمد (٣٢٧/٢)، أبو داود (٣٥٣٩)، الترمذي (٤٤٢/٤)، ابن ماجه (٢٣٧٧)، الدارقطني (٤٢/٣)، البيهقي (١٧٩/٦)، الحاكم (٤٦/٢)، ابن حبان في الموارد (١١٤٨)، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وصححه: ابن حبان.

الثالث: لو وهب من ولده فوهب هو من ولده أو مات وانتقل إلى ولده، وقلنا: للحد الرجوع، ففي الرجوع هاهنا وجهان.

والظاهر: المنع؛ لأن الرجوع للواهب، وهو الآن ليس واهباً.

أما ما به الرجوع: فهو كل لفظ صريح. وفي إقدامه على البيع والعنق ثلاثة أوجه: الأصح: أنه ليس برجوع، ولا ينفذ، فإنه صادف ملك غيره وهو لازم. والثاني: أنه ينفذ، ويكون رجوعاً؛ لأنه قادر عليه، وهو من ضرورته. والثالث: أنه رجوع لدلالته عليه، ولا ينفذ؛ لأنه لم يلاق الملك. أما الرطء: فالظاهر أنه لا يكون رجوعاً، بل يجب عليه المهر، وكذا القيمة إن أحبلها.

أما ما فيه الرجوع: فهو عين الموهوب ما دام باقياً في سلطنة الملك، فإن تلف فلا رجوع بقيمة. وإن نقص، فيرجع إلى الناقص. وإن زاد زيادة متصلة رجع إليها زائدة، وإن كانت منفصلة سلمت الزيادة للمتهب. وإن خرج عن ملكه بموت أو تصرف، انقطع الرجوع.

إن عاد إلى ملكه ففي عود الرجوع قولان، بناء على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؛ ولا خلاف في أنه لو كان عصيراً حمراً، ثم عاد خلا عاد الرجوع؛ لأن العائد هو الملك الأول. وكذلك إذا كان مرهوناً أو مكاتباً فيمتنع الرجوع.

فإن انفك عاد الرجوع، ولا يمتنع الرجوع بإجارة الموهوب، وفي امتناعه بإباقه تردد. وإن تعلق حق غرماء المتهب بماله لإفلاسه، ففي الرجوع وجهان: أحدهما: لا، كالمرهون. والثاني: نعم، ولذلك منع الرهن رجوع البائع، بخلاف الإفلاس.

الفصل الثاني: في الهبة بشرط الثواب

والهبة ثلاثة أقسام: مقيد بشرط نفى الثواب، فلا يقتضى ثواباً. ومطلق، فإن كان من كبير مع صغير فلا يقتضى ثواباً، وإن كان من صغير مع كبير، فقولان:

الجديد: أنه لا يلزم الثواب موضوع اللفظ التبرع، وفي القديم: يلزمه لقريفة العادة. وإن وهب من مثله، فطريقان: قطع العراقيون بنفى الثواب. وطرد المراوزة القولين.

التفريع: إن قلنا: يقتضى الثواب، ففيه أربعة أقوال:

أحدها: إن قدر الثواب قدر قيمة. والثاني: ما يتمول. والثالث: ما يعد ثواباً في العادة. والرابع: ما يرضى به الواهب.

أما الهبة المقيدة بشرط الثواب: إن فرعنا على الجديد، وكان الثواب مجهولاً فهو باطل، وإن كان معلوماً فقولان:

أحدهما: أنه ينعقد بيعاً، ولكنه بلفظ الهبة. والثاني: أنه يفسد؛ لأنه متناقض.

وهو قريب من الخلاف في أنه لو قال: بعت بلا ثمن، هل ينعقد هبة؟ وإن فرعنا على القديم فالثواب المجهول كالمطلق.

وإذا قلنا: ينعقد بيعاً، فيثبت الشفعة وسائر أحكام البيع على الظاهر من المذهب.

التفريع: إذا فرعنا على القديم في الهبة المطلقة، فما رأيناه ثواباً إذا لم يسلم جاز الرجوع عند بقاء العين، وإن تلفت رجع بقيمتها؛ لأنه مضمون بالعوض، وكذا إذا غاب طلب الأرش. وفيه وجه: أنه لا يرجع بالقيمة؛ لأن الرجوع يتعلق بالعين في الهبة، وهذه ليست هبة.

فروع: أحدها: لو وجد بالثواب عيباً، ورد ورجع إلى العين. وإن كان تالفاً، والثواب في الذمة، فيطالب به. وإن كان معيناً، فهو بيع يرجع إلى قيمته.

الثاني: لو وهب حلياً، فأنابه في المجلس نقداً من جنسه زائداً أو ناقصاً فممنوع؛ لأنه ربا. وفيه وجه: أنه يجوز؛ لأنه لا مقابلة، ولكنه إنشاء تبرع في مقابلة تبرع.

الثالث: إذا قدرنا الثواب بالقيمة، فيعتبر يوم القبض. وفيه وجه آخر: أنه يعتبر يوم بذل القيمة.

الرابع: إذا تنازعا، فقال المالك: بعتك، وقال الآخر: بل وهبتي، فقولان: أحدهما: القول قول الآخر؛ لأنه وافقه صاحبه على الملك، ويدعى عليه عوضاً لأصل عدمه. والثاني: أنهما يتحالفان؛ لتساويهما؛ إذ هذا يعارضه أن الرجوع في وجه الزوال إلى المنزيل.

وحكى في طريقة العراق بدل هذا الوجه: أن القول قول الواهب، فإنه المنزيل.

كتاب اللقطة^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانها

وهي ثلاثة:

الأول: الالتقاط

وهو عبارة عن أخذ مال ضائع ليعرفها الآخذ سنة^(٢)، ثم يتملكها بعد مضي السنة، ويضمنها لمالكها إن ظهر، وفيه أخبار.

وفيه مسألتان: إحداهما: في وجوب الالتقاط. نقل المزني أنه قال: لا أحب تركه، وقال في الأم: لا يجوز تركه. فمنهم من أطلق قولين، ومنهم من نزل على حالتين: فأوجب إن كان يضيع لو لم يأخذه، ولم يوجب إذا كان لا يضيع.

والأصح: القطع بأنه لا يجب؛ لأنه بين أن يكون كسباً أو أمانة، فلا معنى لوجوبه.

(١) اللقطة: بضم اللام، وفتح القاف على المشهور لا يعرف المحدثون غيره، كما قال الأزهرى، وقال عياض: لا يجوز غيره، وقال الخليلي: وهي بسكون القاف، وأما بالفتح فهو كثير الالتقاط قال الأزهرى: هذا الذى قاله هو القياس، ولكن الذى سمع من العرب وأجمع عليه أهل اللغة والحديث الفتح.

وقال الزمخشري في الفائق: بفتح القاف والعامية تسكنها، قال في الفتح: وفيها لغتان أيضاً: لُقْطَة بضم اللام، وَلُقْطَة بفتحها.

[الَلُقْطَة]: الشيء الذى تجده ملقى فتأخذه، واصطلاحاً: مال أو اختصاص محترم، ضاع بنحو غفلة، بمحل غير مملوك لم يحرز، ولا عرف الواحد مستحقه، ولا امتنع بقوته، انظر: القاموس المحيط (٢٩٧/٢)، المعجم الوسيط (٨٣٤/٢)، فتح القدير (١١٨/٦).

(٢) هذا من حديث زيد بن خالد قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: [اعرف عفاصها ووكائها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فשאئك بها]، قال: فضالة الغنم يا رسول الله؟ قال: [هى لك أو لأخيك، أو للذئب]، قال: فضالة الإبل؟ قال: [ما لك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها]».

أخرجه: البخارى (٢٤٢٩)، مسلم (١٧٢٢/١، ١٧٢٢/٧)، أبو داود (١٧٠٤، ١٧٠٦)، الترمذى (١٣٧٢، ١٣٧٣)، ابن ماجه (٢٥٠٤، ٢٥٠٧)، الشافعى (١٣٧/٢)، الطحاوى فى شرح معانى الآثار (١٣٨/٤)، البيهقى (١٨٥/٦، ١٨٦)، الدارقطنى (٢٣٥/٤)، اسن الجارود (٦٦٩)، عبد الرزاق (١٨٦٠٢).

وأراد الشافعي، رضي الله عنه، بقوله تأكيد النذب.

نعم، يستحب إن كان يثق بأمانة نفسه، وإن خاف على نفسه ففى حوار الأخذ وجهان، يجرى مثله فيمن يتولى القضاء وهو يخاف الخيانة. ووجه الجواز: أنه لم يعرف الخيانة فنامره بالاحتراز.

الثانية: فى وجوب الإشهاد على اللقطة وجهان؛ لقوله ﷺ: «من التقط لقطة فليشهد عليها»^(١)، فاحتمل أن يكون إيجاباً، أو استحباباً وإرشاداً؛ لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨١].

فإذا أشهد، فليعرف الشاهد بعض الأوصاف؛ ليكون فيه فائدة. ولا ينبغي أن يستوعب فإنه ربما يشيع، فيعتمده المدعى الكاذب ويتوسل به.

الركن الثاني: فى الملتقط

وأهلية الالتقاط لمن له أهلية الأمانة والكسب والولاية، فإن هذه المشابه ظاهرة فى اللقطة، فإنها أمانة فى الحال، وولاية بإثبات اليد، وكسب بالإضافة إلى ثانی الحال، فثبت جواز الالتقاط لكل مسلم حر مكلف عدل. والنظر فى: الكافر، والرقيق، والصبي، والفاسق.

أما الكافر: فهو من أهل الالتقاط، قطع به المرازقة. وذكر العراقيون وجهين، وكأنهم رأوا ذلك تسلطاً فى دار الإسلام، كالإحياء، إذ لم يروه من أهل الأمانة.

أما الفاسق: فلا يجوز له أخذه، فإن أخذه فهل يصح التقاطه لإفادة الأحكام؟ فيه قولان: أحدهما: لا؛ لأنه أمانة فى الحال، وفيه شبهة الولاية، والفاسق لا يليه الشرع الأمانات. والثانى: نعم؛ لأن ماله التملك وهو مقصوده، والفاسق من أهل الاكتساب.

التفريع: إن قلنا: إنه ليس أهلاً، فلو التقطه فهو غاصب، ولو عرف لم يملك، ولو تلف فى يده ضمن. وفى انتزاع القاضى من يده وجهان، كما فى انتزاعه من يد

(١) الحديث: وثمame «فليشهد عليها ذوى عدول»، ولفظه عن عياض بن حمار: قال رسول الله ﷺ: «من التقط لقطة، فليشهد ذوى عدل عليها، ولا يكتم، ولا يعنت، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلا فهو مال الله يؤتاه من يشاء»، أخرجه: أحمد (١٦١/٤، ٢٦٦)، البيهقي (١٨٧/٦)، (١٩٥)، ابن عبد البر فى التمهيد (١٢٢/٣)، الطحاوى فى مشكل الآثار (٢٠٧/٤، ٢٠٨)، البغوى فى شرح معانى الآثار (١٣٦/٤)، المتقى فى كنز العمال (٤٠٥٢٠، ٤٠٥٢١)، الهيثمى فى مجمع الزوائد (١٦٩/٤، ١٤٠/١٠).

الغاصب. ووجه المنع: أنه مضمون في يده، ويكون في يد القاضى أمانة. ثم فى براءته عن الضمان عند الانتزاع وجهان.

وفى جواز الانتزاع لآحاد الناس احتساباً، وفى براءة الغاصب به وجهان مرتبان، وأولى بالمنع؛ لأن النظر للغائب يليق للقضاة. وإن فرعنا على أنه أهله، فهو كالعدل، حتى يملك بعد المدة، وي تلف أمانة فى يده.

ولكن القاضى ينزع من يده؛ أو ينصب عليه رقيباً؟ فيه وجهان؛ لأن النظر للمالك فى أن لا يهمل إلا بانتزاع أو مراقبة.

أما الرقيق: ففيه أيضاً قولان؛ لأنه أهل الكسب لا من أهل الأمانة والولاية.

فإن قلنا: ليس من أهله، فهى فى يده مضمونة إن تلف تعلقت القيمة بربته، وإن فضلت قيمته فلا يطالب السيد به إن لم يعلم وإن علم ولم ينزع من يده؟

نقل المزنى: أنه يطالب، وكان يده يد السيد بعد علمه. ونقل الربيع: أنه لا يطالب وهو الأصح، كما لو أذن له فى الإتلاف، وكما لو لم يعلم.

و أما الانتزاع من يده، فللسيد أن يطالب القاضى بإزالة يده؛ لينخرج عن ضمان عبده، فجواز الانتزاع والبراءة من الضمان هاهنا مرتب على الفاسق، وأولى بالجواز لغرض السيد.

أما السيد لو أراد أن يأخذه على قصد الالتقاط، أو الأجنبى أراد ذلك، قال العراقيون: هو جائز، وكأنه يعد فى مضية؛ إذ هو ليس أهلاً، فكأنه لم يلتقط بعد.

وفيه نظير؛ لأنه وقع فى محل مضمون، والالتقاط هو الأخذ من محل مضيع، ولكنه ينقدح خلاف فى أنه هل تحصل البراءة بانتزاعه كما فى الأجنبى؟ وهاهنا أولى بالمنع؛ لأنه ليس يتمحض حسبه؛ إذ له فيه غرض.

فرع: لو عتق العبد بعد الالتقاط، فقد تردد الشيخ أبو محمد فى أن طرآن الحرية على دوام اللقطة هل يصح اللقطة حتى يفيد حكمها؟ وهو محتمل.

أما إذا قلنا: هو أهل الالتقاط، فإن عرف وتملك بإذن السيد صح وحصل الملك للسيد، وإن استقل به ففيه وجهان كما فى شرائه؛ لأنه تملك بعوض، وأولى بالفساد؛ لأن البائع راض بذمته فلا يطالب السيد، وهاهنا الملتقط يتبع من له الملك، فيعرضه للمطالبة.

فأما الضمان: فإن تلف قبل مضي المدة فأمانة، وإن تلف بعد مضي المدة والتملك، فمضمون على السيد إن أذن في التملك، وكذلك إذا أذن في قصد التملك، وبعد لم يجز التملك؛ لأنه مأخوذ على جهة التملك ويتعلق بذمة العبد أيضاً؛ لكونه في يده.

وفيه وجه: أنه لا يتعلق بالسيد، كما لو أذن في الغصب، وهو ضعيف، بل تشبيهه بالإذن في الشراء أولى.

وإن لم يكن أذن السيد فيه فيتعلق بذمة العبد ولا يتعلق برقبته؛ لأنه لا جناية منه، وهو أمانة، وقد تلف بأقّة سماوية. وفيه وجه: أنه يتعلق برقبته؛ لأنه وجب بغير رضا مستحقة.

أما إذا أتلّفه العبد بعد المدة، فالظاهر أنه يتعلق برقبته، وذكر صاحب التقریب وجهًا: أنه يتعلق بذمته، كما لو أتلّف المبيع، كأن ذلك تسليط من المالك، وهذا تسليط على المالك من الشرع.

فروعان: أحدهما: المكاتب، نص أنه كالحر. فمنهم من قطع به؛ لأنه أهل الاستقلال، ومنهم من طرد القولين. فإن قلنا: إنه أهله، فإن عرف ملك بنفسه، وإن قلنا: ليس أهلاً فالسلطان ينتزعه من يده، وليس للسيد ولاية الانتزاع إلا كما للأحاديث؛ لأنه لا يد له على كسبه.

الثاني: من نصفه حر ونصفه رقيق نص أنه كالحر، ومنهم من طرد القولين، فإن قلنا: إنه أهل كالحر، ولم يكن مهابة، فهو مشترك بينهما كسائر أكسابه، وكما لو اشترك رجلان في اللقطة.

وإن كان بينهما مهابة، وقلنا: إن الكسب النادر لا يدخل في المهابة فمشارك. وإن قلنا: يدخل، فهو لمن وقع في نوبته، ويرعى قيمة فيه يوم الالتقاط أو مضي مدة التعريف؟ فيه احتمال.

أما الصبي: ففي التقاطه قولان كما في العبد. وقطع العراقيون بأنه أهل الالتقاط، وطرّدوا ذلك في المحنون وكل محجور عليه؛ لأنه أهل الاكتساب.

فإن قلنا: إنه أهله، انتزعه الولي من يده، ثم يملك له بعد مضي المدة. وإن قلنا: ليس أهلاً، فهو في يده بغير حق، فلينتزع من يده. فإن أتلّفه الصبي ضمنه، وإن تلف بأقّة سماوية فيلزمه الضمان أيضاً.

وإن قلنا: إنه أهله، وتلف بأفة سماوية في يده فوجهان؛ لأنه ليس أهلاً للأمانة. ولو أودع عند الصبي شيء فتلف لم يضمن. وإن أتلف فوجهان بالعكس من اللقطة؛ لأنه تسليط من المالك. ثم لو علم الولي بذلك ولم ينتزع من يده حتى تلف ضمن الولي بتقصيره، فإنه ملزم بحفظه عن مثل ذلك.

الركن الثالث: فيما يلتقط

وهو كل مال معرض للضياع وجد في عامر من الأرض أو غامرها، فإن كان حيواناً، نظر: فما يمتنع عن صغار السباع كالإبل وفي معناه البقر والحمار لا يجوز التقاطه، وما لا يمتنع كالشاة والفصيل والجمش جاز التقاطه؛ لما روى أنه ﷺ سئل عن اللقطة، فقال: «أعرف عفاصها ووكاءها، وعرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فهي لك». فسئل عن ضالة الشاة، فقال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب». فسئل عن الإبل، فغضب حتى احمرت وجنتاه وقال: «مالك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر، ذرها حتى يلقاها ربها»^(١)، هذا إن وجد في الصحراء.

فإن وجد الحيوان في العمران، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه كالصحاري؛ لعموم الخبر، فيفرق بين الصغير والكبير. والثاني: أنه يلتقط الكل؛ إذ تتناولها أيدي الناس، بخلاف ما في الصحراء. والثالث: أنه لا يلتقط لا الصغير ولا الكبير، فإنه لا يخاف الصغير هاهنا من السباع، بخلاف الصحراء.

فإذا قلنا: لا يلتقط البعير، فإذا أخذه ثم تركه على مكانه لم يخرج من ضمانه. فرعان: أحدهما: استثنى صاحب التلخيص البعير الذي وجد في أيام منى، وقد قلد الهدى، وقال: جاز أخذه وذبحه؛ اعتماداً على العلامة.

ومن أصحابنا من خرج ذلك على أن البعير إذا وجد مذبوحاً وقد غمس منسمة في دمه هل يجوز أن يؤكل اعتماداً على هذه العلامة؟ وهاهنا أولى بالمنع، إذ لا يعد شروء البعير من صاحبه، فلا يرضى صاحبه بنحر غيره.

الثاني: إذا وجد كلباً التقطه، واختص بالانتفاع به بعد التعريف، فإن الانتفاع به كالمالك في غيره.

وفيه احتمال من حيث إنه اختصاص بغير ضمان فيكاد يخالف موضوع اللقطة.

(١) هذا من حديث زيد بن خالد مرفوعاً رواه البخاري (٢٤٢٧)، وقد سبق تحريجه.

الباب الثاني: فى أحكام اللقطة

وهى أربعة:

الأول: الضمان

وذلك يختلف بقصده، فإن التقط على قصد أن يحفظه لمالكه أبداً فهو أمانة فى يده أبداً، وإن قصد أن يحتزل فى الحال فهو مضمون عليه أبداً.

وإن قصد أن يملكها بعد السنة فهو فى السنة أمانة، لو تلف لا ضمان، فإذا مضت السنة فهو مضمون عليه وإن لم يملك؛ لأنه صار ممسكاً لنفسه بالقصد السابق، فهو كالمأخوذ على جهة السوم. وإن لم يقصد شيئاً من ذلك وأطلق الأخذ، فإن غلب مشابه الأمانة فلا ضمان وإن غلبنا مشابه الكسب ضمانه.

فرع: إذا قصد الأمانة أولاً، ثم تعدى بالفعل فيه ضمن. وهل يضمن بمجرد قصد الخيانة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كالمودع لا يضمن بمجرد القصد. والثانى: يضمن؛ لأن المودع مسلط عليه من جهة المالك. والأصل: أن إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه مضمن إلا عند قصد الأمانة.

ولهذا قطعنا بأن الملتقط على قصد الخيانة فى الابتداء يضمن، وفى المودع إذا قصد الخيانة عند الأخذ وجهان.

ثم مهما صار ضماناً، فلو أنفق التعريف لم يكن له التملك، فإنه يجوز ذلك عند وجود الأمانة. وفيه وجه آخر: أنه يملك؛ إذ العدوان لم يكن فى عين السبب وإنما كان فى قصده ولم يتصل به تحقيق.

الحكم الثانى: التعريف

وفيه طرفان: الأول: فيما يعرف:

ويجب ذلك سنة فى كل ملتقط، إلا ما قل، أو تسارع الفساد إليه. أما القليل: فما لا يتمول، كالزبيبة الواحدة لا تعرف أصلاً، وما يتمول يعرف، ولكن لا يجب تعريفه سنة. والأصح: أنه لا حد له بتقدير، بل ما يعرف أنه يفتر صاحبه عن طلبه على القرب.

ومنهم من قدر بنصاب السرقة؛ لأن ما دونه تافه شرعاً. ومنهم من قال: الدينار فما دونه قليل؛ لما روى أن علياً، رضى الله عنه، وجد ديناراً فذكره لرسول الله ﷺ فأمره

ثم ما رأيناه قليلاً، ففي قدر التعريف ثلاثة أوجه: أحدها: مرة واحدة؛ إذ لا ضبط للزيادة، ويدل عليه أثر على، رضى الله عنه، فإن إظهاره لرسول الله ﷺ كان كافياً. والثاني: أنه القدر الذى يوازى طلب المالك ومدامته عليه. الثالث: أنه يقدر بثلاثة أيام حذراً من الجهالة.

أما ما يتسارع إليه الفساد كالطعام وأمثاله فإن وجدته فى الصحراء جاز له أن يملكه أو يأكله قبل التعريف؛ لقوله، عليه السلام: «من التقط طعاماً فليأكله»^(٢).

وتلحق الشاة بالطعام فإنها مطعومة، ولا تبقى بغير نفقته له، ولا نفقة لها، ولقوله ﷺ: «هى لك، أو لأخيك، أو للذئب»، ولم يأمر بالتعريف.

وفى إحقاق الجحش وصغار الحيوانات التى لا تؤكل بالشاة وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه لا تبقى دون العلف. والثانى: لا؛ لأن حكم المطعوم أسهل، وقد ورد الخبر فى الطعام والشاة. ثم إذا أكل أو تملك، ففي وجوب التعريف بعده وجهان:

أحدهما: يجب؛ حذراً من الكتمان. والثانى: لا؛ لعدم الخبر، ولبعد وجود المالك فيما التقط من الصحراء.

أما إذا وجد الطعام فى عمران، ففيه وجهان: أحدهما: أنه كالصحراء؛ لعدم الخبر. والثانى: أنه يلزمه أن يبيعه، فإن ثمنه قابل للبقاء، فيكون بدلاً عنه، وفى الصحراء يعجز عنه، فإن قلنا: يبيع، فيتولاه بنفسه إن لم يجد قاضياً.

(١) الحديث عن أبى سعيد الخدرى: «أن علياً، رضى الله عنه، جاء إلى النبى بدنسار وجدته فى السوق، فقال النبى ﷺ: «عرفه ثلاثاً»، ففعل فلم يجد أحداً يعرفه فقال: «كله»، أخرجه: عبد الرزاق (١٨٦٣٧)، الهيثمى فى مجمع الزوائد (٤/١٦٥، ١٦٩)، بلفظ: «ثلاثة أيام» ونصب الراية للزيلعى (٣/٤٧٠)، البيهقى فى السنن الكبرى (٦/١٨٧)، معرفة السنن والآثار (١٢٤١٤)، ابن حجر فى تلخيص الخبير (١٣٣٥).

(٢) الحديث أورد نحوه المتقى الهندى فى كنز العمال (٤٠٨٢٥)، ابن حجر فى تلخيص الخبير (١٣٣٦)، وقال: هذا حديث لا أصل له، أ. هـ.

ومى الساب عن أنس أن النبى ﷺ مر بتمرة فى الطريق فقال: «ولولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»، قال صاحب متقى الأخبار: وفيه إباحة المحقرات فى الحال، أ. هـ.

أخرجه: البخارى (٣/١٦٤)، أبو داود (الزكاة ب ٣٠)، أحمد (٣/١٨٤، ٢٩٢)، البيهقى (٦/١٩٥، ٣٠٧)، عبد الرزاق (١٨٦٤٢)، ابن حجر فى فتح البارى (٥/٨٦)، تعليق التعيين (٨٣٩)، نيل الأوطار للشوكانى (٥/٣٣٧)، أبو نعيم فى حلية الأولياء (٥/٢١).

وإن وجد قضي جواز استقلاله بالبيع وجهان: وجه الجواز: أنه له نوع ولاية بسبب الالتقاط، ثم مهما حصل الثمن سلك به مسلك عين اللقطة في الضمان والتملك وغيره. وإن قلنا: يأكل ثم يعرف بعده، فهل يلزمه تمييز قيمته ليعتمد التعريف موجوداً؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: يميز، فلا يتعين له إلا بقبض القاضي، ثم لا يصير ملكاً لرب اللقطة، ولكن فائدته أن يقدم المالك به على الغرماء عند إفلاسه، ويمتنع فيه تصرف الملتقط، ويتلف في يده أمانة.

وإذا لم يظهر حتى مضت المدة، فالأشهر أنه لا يرتفع الحجر، بل يحفظه أبداً للمالك؛ لأنه بدل اللقطة لا عينها، ويحتمل أن يرتفع الحجر كما لم يميز.

الطرف الثاني: في كيفية التعريف:

وفيه مسائل: الأولى: وقت التعريف: عقب الالتقاط، وإن عزم على التملك بعد سنة، وإن لم يعزم على التملك أصلاً أو عزم بعد سنتين فهل يلزمه التعريف في الحال؟ فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأن التعريف تعب في مقابلة ثمرة الملك. والثاني: يجب؛ لأن المقصود وصول الحق إلى مستحقه، وفي تأخيرها إضرار بالكتمان. فإن قلنا: يجب البدار، فبالتأخير يصير ضامناً.

ثم ينبغي أن يعرف في الابتداء في كل يوم، ثم في كل جمعة، ثم في كل شهر، والمقصود أن يعرف أن الأخير تكرار الأول.

الثانية: مكان التعريف: مكان الالتقاط إن كان في عمارة، فإن سافر فليوكل غيره بالتعريف. وإن التقط في صحراء فلا يتعين عليه بلد، ولكن ليعرفه في البلد الذي ينتهي إليه ويقصده، فإن الإمكان في سائر البلاد على وتيرة واحدة.

الثالثة: ينبغي أن يذكر بعض أوصاف اللقطة في التعريف، كالغطاء والوكاء؛ ليكون تنبيهاً للمالك، وهو استحياب أو وجوب؟ فيه خلاف.

الرابعة: مؤنة التعريف لا تلزمه، أعني: أجرة المعرف إن قصد حفظه أمانة أبداً. وإن قصد التملك ولم يظهر المالك فالمؤنة عليه. وإن ظهر المالك فقد أطلق العراقيون أنه على الملتقط؛ لأنه يسعى لنفسه، وفيه احتمال؛ لأن التعريف طلب المالك، فهو سعى في الحال

له لا سيما إذا ظهر. وإذا قلنا: ليس عليه، فالقاضي يسلم من بيت المال أو من عين اللقطة.

فرع: إذا كانت اللقطة جحشاً، وقلنا: يجب تعريفه بخلاف الشاة، فليس ذلك على الملتقط قطعاً، وإنما هو كنفقة الجمال عند هرب الجمال، فإن مست الحاجة إلى بيع جزء منه فعل ذلك. قال الشيخ أبو محمد: إن كان كذلك فسيأكل نفسه فيلحق بقبيل ما يتسارع الفساد إليه.

الحكم الثالث: التملك بعد مضي المدة

وهو جائزة؛ إذ لم يقصد الخيانة، وفيه أربعة أوجه: أحدها: أنه يحصل بمجرد مضي السنة، فإنه قصد بالالتقاط الملك عنده. الثاني: أنه لا بد من لفظ، فمجرد القصد فقط لا يؤثر، وما مضى عزم لا قصد. والثالث: أنه يكفي تحديد قصد عند مضي السنة. والرابع: أنه لا بد من تصرف يزيل الملك، فإن فعله وقوله لا يزيد على الاستقراض، وثم لا يملك إلا بالتصرف على قول.

فرع: إذا وجد لقطة في مكة، ففيها وجهان:

أحدهما: أنه يملك، كسائر البلاد. والثاني: لا؛ لقوله ﷺ: «إن الله حرم مكة، لا ينفر صيدها، ولا يعضد شجرها، ولا تحل لقطها إلا لمنشده»، والمراد به منشده على الدوام، وإلا فأى فائدة لتخصيص مكة^(١).

الحكم الرابع: وجوب الرد إذا ظهر مالكة

ويعرف ذلك بالبينة، فإن أظن في الوصف، وغلب على الظن صدقه جاز التسليم إليه.

وفي وجوب ردها دون إقامة البينة خلاف: منهم من أوجب؛ إذ تكليف البينة عسر. ومنهم من قال: ربما يكون قد عرف الوصف بوصف المالك الفاقد. ولعل الأولى الاكتفاء بقول عدل واحد؛ لحصول الثقة.

فرعان: أحدهما: إذا سلمه إلى الواصف، فظهر المالك، فيطالب الواصف أو الملتقط

(١) الحديث أخرجه نحوه: البخاري (٣٤٣٤، ٤٣١٣)، مسلم (١٣٥٥/٤٤٧)، (١٧٢٤/١١)، (١٣٥٣/٤٤٥)، أبو داود (١٧١٩، ٢٠١٧، ٢٠١٨)، النسائي (٤١٧/٣، ٢٠٣/٥، ٢٠٤)، ابن الجارود (٥٠٩)، الطحاوي (١٤٠/٤، ٢٠٩)، البيهقي (١٩٩/٦)، أحمد (٤٩٩/٣)، (٢٥٩/١، ٣١٥، ٣١٦).

من شاء منهم، ويرجع الملتقط على الواصف، إلا إذا كان اعترف له بالملك، فلا يقدر على الرجوع.

الثاني: إذا ظهر المالك بعد أن تملكه، فإن تلف رد قيمته يوم التملك. وإن كانت قائمة، ففي لزوم رد العين وجهان، كمثلته في رجوع المستقرض. وإن كانت معيبة فأراد أن يردّها ويضم الأرض إليها، وامتنع المالك وقال: أريد القيمة، فأيهما يجاب؟ فيه وجهان:

أحدهما: المالك؛ لأن العين بعد التملك تزداد للتقريب في حصول الجبر، وقد فات بالعيب وجه الجبر. والثاني: الملتقط؛ لأنه لا يزيد على الغاصب، وللغاصب رد العين مع الأرض.

ثم إذا رد، فلو طالب من المالك أجرة الرد لم يكن له ذلك إلا إذا كان قد نادى المالك بأن من رد لقطتي فله كذا، فيستحق ما سمي على ما فصلناه في كتاب الجعالة عقيب الإحارة، والله أعلم.

* * *

كتاب اللقيط^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركان الالتقاط وأحكامه

فأما الأركان فلثلاثة:

الأول: نفس الالتقاط

وهو عبارة عن أخذ صبي ضائع لا كافل له. وهو في نفسه فرض على الكفاية؛ لأنه تعاون على البر، وإنقاذ عن الهلاك.

وفي وجوب الإشهاد عليه خلاف مرتب على الإشهاد على اللقطة وأولى بالوجوب؛ لأن الاسترقاق مخوف فيه. ومن الأصحاب من أوجب ذلك على المستور لا على العدل.

ثم إذا شرطناه، فمهما تركه لم يثبت له ولاية الحضانة، وجائز الانتزاع من يده، وكأنها ولاية لا تثبت إلا بعد الشهادة.

الركن الثاني: اللقيط

ولا يشترط فيه إلا الحاجة إلى كافل. فإن كان له ملتقطٌ سبق إليه، أو أم، أو أم، أو قريب فلا معنى لالتقاطه، وكذا إن كان بالغاً، وإن كان دون سن التمييز فيجب التقاطه.

وفيما بعد التمييز إلى البلوغ تردد، فإنه قريب الشبه من الإبل من جملة اللقطة؛ إذ له نوع استقلال.

الركن الثالث: الملتقط

وأهلية الالتقاط ثابتة لكل حر مكلف، مسلم، عدل، رشيد. أما العبد والمكاتب: فلا يتفرعان للالتقاط، فإن التقط انتزع من أيديهما ولا ولاية لهما على الحضانة، إلا أن يأذن السيد فيكون هو الملتقط، والعبد نائب في الأخذ. وأما الكافر: فهو أهل الالتقاط

(١) [اللقِيطُ]: ما يلتقط، أي: يرفع من الأرض، وقد غلب على الصبي المنبوذ، وفي الصحاح:

المنبوذ، الصبي الذي تلقى أمه في الطريق، وفي المعجم الوسيط: الوليد الذي يوجد ملقى على الطريق لا يعرف أبواه، وهذا هو أيضاً المعنى الاصطلاحي.

انظر: المعجم الوسيط (٢/٨٣٤)، الصحاح (٢/٥٧١)، المصباح المنير (٢/٨٥٨)، شرح فتح القدير (٦/١٠٩، ١١٠)، مغنى المحتاج (٢/٤١٨).

للكافر لا للمسلم، فإنه نوع ولاية. نعم، للمسلم التقاط الكافر. وأما الفاسق: فلا يأتمنه الشرع. والمستور: له الالتقاط. ثم لو قصد المسافرة به منعه القاضي إلا أن تعرف عدالته. وأما المبذر، وإن لم يكن فاسقاً؛ فليس أهلاً لأمانات الشرع. وأما الفقير: فهو أهل، وعلى الله رزقهم.

وذكر العراقيون وجهاً آخر: أنه يتنزع من يده؛ نظراً للصبي. فإن قيل: فلو ازدحم ملتقطان؟ قلنا: أما غير الأهل فلا يزاحم الأهل، كما سبق.

وإن كان كل واحد أهلاً، فيقدم الغنى على الفقير؛ نظراً للصبي، والبلدى على القروى، ويقدم القروى على البدوى؛ لما فيه من النظر للصبي فى اتساع معيشة البلاد وحسن الأخلاق فيها.

ولا تقدم المرأة على الرجل، وإن قدمت الأم على الأب فى الحضانة؛ لأن الأم أرفق من أجنبية يستأجرها الأب، وهاتنا الأجنبية تشتمل الجانبين.

وفى تقديم الظاهر العدالة على المستور خلاف: منهم من قال: لا يقدم كما لا يقدم الظاهر الثروة على المتوسط؛ لأن المستور يزعم أن التقصير ممن لم يطلع على عدالته. ومنهم من قال: يقدم؛ لأن أصل العدالة شرط للأهلية، فظهورها يوجب الترجيح. فإن تساوى فى الصفات، قدم السابق على الآخذ.

وهل يقدم السابق إلى الوقوف على رأسه قبل الآخذ؟ فيه تردد، فإن تساوى أقرع بينهما؛ إذ لا سبيل إلى القسمة ولا إلى المهايأة، إذ يستضر الصبي بتبديل اليد بعد الإلف. وقال ابن هريرة: يقره القاضي فى يد من يراه منهما.

ولو اختار الصبي أحدهما فلا نظر إليه إذ لا مستند لميله، بخلاف اختيار الصبي أحد الأبوين، فإن ذلك يستند إلى تجربة وامتحان.

فرع: إذا مست الحاجة إلى القرعة، فأعرض أحدهما يسلم إلى الآخر. وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز ذلك، بل يخرج القاضي القرعة باسمه، فإن خرج عليه ألزم، فإنه وجب عليه الوفاء بالحفظ بعد الأخذ، وهو بعيد هاهنا.

نعم فى الدوام، لو أراد المنفرد باللقيط أن يرده إلى موضعة لم يجوز. وإن سلمه إلى القاضي لعجزه جاز. وإن تبرم به مع القدرة فقيه وجهان، ووجه المنع: أنه فرض كفاية، وقد شرع فيه وقدر عليه فصار متعيناً.

أما حكم الالتقاط: فهو الحضانة والإنفاق

أما الحضانة: فواجبة، وكيفيةها لا تخفى. ومهما التقط فى بلد لم يحز أن يحول إلى بادية ولا إلى قرية؛ لأن فيه تضيق المعيشة. ولو التقط فى بادية أو قبيلة، فنقل إلى البلد جاز؛ لأنه أرفق به، وفيه وجه: أنه لا يجوز؛ لأن ظهور نسبه فى محل التقاطه متوقع، ولو نقل من بلد مثله فوجهان:

أحدهما: الجواز؛ لتساوى المعاش. والثانى: المنع؛ لتوقع ظهور النسب فى محل الالتقاط مع اتساع المعيشة فى محل الالتقاط.

ولو وحده فى صحراء خال فله أن ينقله إلى أى موضع شاء؛ إذ سائر المواضع إما مثله أو أصلح منه.

أما الإنفاق: فإن كان له مال فهو من ماله. وماله بالوصية للقيط، والوقوف عليه، والهبة منه، وقبيلها القاضى وقبضها، أو بأن يوجد معه مال مشدود على ثوبه، أو فرس مربوط عليه، أو يوجد فى دار فتكون الدار له؛ لأن أصل اللقيط على الحرية، ومعنى اليد الاختصاص.

وإن كان بالقرب منه مال موضوع، أو بهيمة مشدودة بشجرة ففيها وجهان. وهو تردد فى أن هذا القدر، هل يعد اختصاصاً؟

وإن كان المال مدفوناً تحته فلا اختصاص له به. فإن وجد معه رقعة فيها أن المال المدفون تحته له، فالأظهر أنه له، وفيه وجه: أنه لا تعويل على الرقعة.

ثم الملتقط ليس له أن ينفق ماله عليه بغير إذن القاضى، فإن فعل ضمن؛ إذ لا ولاية له إلا على نفسه بالحفظ، وهل له حفظ ماله دون إذن القاضى؟ وفيه وجهان.

ووجه الجواز: أنه تابع للمالك، وله حفظ المالك. وإن أنفق بغير إذن القاضى؛ لأنه لم يجد قاضياً وأشهد، فالظاهر أنه لا يضمن. وإن لم يشهد فقولان ذكرنا نظيرهما فى هرب الجمل.

أما إذا لم يكن له مال، فلا يجب على الملتقط من ماله بحال، ولكن ينفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن فيجمع من أهل اليسار من المسلمين؛ لأنه عيال عليهم، ثم لا رجوع عليه بعده.

ومن الأصحاب من قال: إن القاضى يستقرض إما من بيت المال، أو من موثر ينفق

عليه، فإن ظهر أن اللقيط عبد رجع على مولاه، وإن ظهر حراً موسراً أو مكتسباً رجع عليه فى كسبه ويساره، وإن كان عاجزاً قضاه من سهم المساكين والفقراء من الصدقات؛ إذ لا معنى لإلزامه من غير هذه الجهة.

الباب الثانى: فى معرفة حال اللقيط

فى الإسلام، والنسب، والحرية، وغيرها. وفيه أربعة أحكام:

الحكم الأول: الإسلام

وهو ينقسم إلى ما يعرف بمباشرة، وإلى ما يعرف بتبعية.

أما المباشرة: فيصح من البالغ العاقل، ولا يصح من الصبى فى ظاهر المذهب، نعم نص الشافعى، رضى الله عنه، أن صبى الكافر إذا وصف الإسلام حيل بينه وبين أبويه. فمنهم من قال: هذا محتوم، وهو حكم بصحة الإسلام، فخرجوا منه قولاً مثل مذهب أبى حنيفة، رحمه الله. ومنهم من قال: هو استحباب بعد استعطاف الوالدين، فإن أبيا لم يجبرهما عليه.

وقال الأستاذ أبو إسحاق: إذا أضمر الصبى الإسلام كما أظهره، حكمنا له بالفوز فى الآخرة، وإن كنا لا نحكم به لصبيان الكفار، بسبب تعارض الأخبار، وعبر عن هذا بأن إسلامه صحيح باطناً لا ظاهراً.

ومنهم من قال: إن إسلامه موقوف، فإن أعرب بعد البلوغ عن الإسلام تبينا صحته من أصله.

أما التبعية، فلها ثلاث جهات: الجهة الأولى: تبعية الوالدين، فإن حصل العلوق من مسلم، أو الولادة من مسلمة فالولد مسلم قطعاً.

فإن أظهر الكفر بعد البلوغ فهو مرتد، أما إذا انفصل على الكفر فأسلم أحد أبويه، حكم بإسلامه فى الحال.

وكذا إسلام الأجداد والجدات عند عدم من هو أقرب منه. ومع وجود الأقرب فيه خلاف، وأحكام الإسلام جارية على هذا الصبى فى الحال.

فإن بلغ وأعرب عن الإسلام استقر أمره، وإن أظهر الكفر فقولان مرتبان:

أحدهما: أنه مرتد، لا يقر عليه، فلا ينقض ما سبق من الأحكام المبنية على الإسلام، كالانفصال من المسلمين. والثانى: أنه كافر أصلى، يقرر بالجزية ولا يجبر على الإسلام؛

لأن التبعية في الإسلام بعد الانفصال ضعيف، وإنما حكم به في الحال بشرط أن يستمر. فإذا استقل، فالنظر إلى استقلاله أولى. فعلى هذا، ما سبق من أحكام الإسلام بعد البلوغ وقبل الإعراب من أجزاء عتقه عن كفارة، أو توريثه من مسلم، أو نكاحه مسلمة، كل ذلك منقوض.

وما سبق في حالة الصبي هل يتبين انتقاضه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كما بعد البلوغ. والثاني: لا؛ إذ لو حكمنا به لأوجب ذلك الوقف في الأحكام للتوقف في الإسلام، بل الحكم بالإسلام مجزوم ما دام سبب التبعية قائماً، وهو الصبي، وإنما ينقطع بالبلوغ، فبعد البلوغ يتوقف إلى إعرابه.

فروع على هذا القول: أحدهما: إذا بلغ وجرى تصرف يستدعي الإسلام كعتق عن كفارة، أو موت قريب مسلم، فمات اللقيط قبل أن يعرب بالكفر أو الإسلام، ففي نقض التصرف وجهان:

أحدهما: ينقض، إذ الأصل بعد البلوغ الاستقلال، ولم يستقل بالإسلام، فكيف يقدر إسلامه؟

والثاني: أنه لم يعرب أيضاً بالكفر، والإسلام غالب، وقد سبق الحكم به، فيستصحب إلى أن يظهر الإعراب عن الكفر.

والثاني: لو قتله مسلم قبل البلوغ، فالقصاص لا يتمتع بسبب توهم الكفر بعد البلوغ. ولو قتل بعد البلوغ وقبل الإعراب؟ فإن قلنا: لو أعرب بالكفر لنقض الأحكام، فلا قصاص. وإن قلنا: لا ينقض، ففيه تردد، وميل النص إلى سقوطه للشبهة.

ونص مع هذا على أن الواجب دية مسلم، وهذا يدل على أن الإسلام مستصحب في سائر الأحكام، وإنما سقط القصاص للشبهة.

الثالث: قال القاضي حسين: إن مات هو قبل الإعراب يرثه حميمه المسلم، وإن مات حميمه المسلم فإرثه موقوف.

ومعناه أن يقال له: أعرب، فإن مات قبل الإعراب فينبغي أن نقضى بتقدير الأول عليه، بناء على استصحاب حكم الإسلام.

الرابع: المجنون إذا بلغ مجنوناً، فهو كالصبي في جملة هذه الأحكام. وإن بلغ عاقلاً كافراً، ثم جن، ثم أسلم أحد أبويه، ففي التبعية خلاف، كما في عود ولاية المال.

الجهة الثانية: تبعية السابى: فالمسلم إذا استرق صبيًا حكم بإسلامه تبعًا له؛ فإن الاسترقاق كأنه إيجاد مستأنف. وإن كان معه أبواه لم يحكم به؛ لأن تبعية الأبوين أقوى من تبعية السابى. فلو مات بعد ذلك أبواه اطرده كفره؛ لأن النظر إلى الابتداء فى تبعية السابى. ولو استرقه ذمى فالظاهر أنه لا يحكم بإسلامه. ثم لو باعه بعد ذلك من مسلم لا يحكم بإسلامه لقوات الابتداء.

وفيه وجه: أنه يحكم بإسلامه؛ لأننا نجعل وقوع الصبى فى يد المسترق كوقوعه فى دار الإسلام، والذى كالمسلم فى كونه من دار الإسلام، ثم مهما حكم بإسلامه تبعًا للسابى فبلغ وأعرب بالكفر، فتحكمه ما سبق فى تبعية الأبوين.

الجهة الثالثة: تبعية الدار: وكل لقيط يوجد فى دار الإسلام فهو محكوم بإسلامه؛ لغلبة الإسلام، إلا فى بلدة كثر الكفار فيها وانجلى المسلمون عنه حتى لم يبق منهم واحد. وقال أبو إسحاق المروزي: يحكم الإسلام، إذ لا يخل عن مسلم مستسر بالإسلام، أما ما يوجد فى دار الكفر فهو كافر وإن كانوا مسلمون يجتازون بها مسافرين.

وإن كان فيها سكان من الأسارى والتجار ففيه وجهان؛ لتعارض غلبة نسبة الدار مع تغليب الإسلام. ثم هذا الصبى إذا بلغ وأظهر الكفر؟ منهم من قال: قولان كما فى تبعية المسترق والوالدين.

ومنهم من قطع هاهنا بأنه كافر أصلى؛ لأن تبعية الدار فى غاية الضعف، ثم هؤلاء ترددوا فى تنفيذ أحكام الإسلام عليه فى الصبى، ومال صاحب التقريب إلى التوقف، وهذا يعكر على إطلاق القول بالإسلام.

وأيد صاحب التقريب هذا، باختلاف القول فى وجوب القصاص على قاتله المسلم، وقال: لا مأخذ له إلا هذا التوقف.

فرع: المحكوم بإسلامه تابعًا للدار، لو أقام ذمى بينة على نسبه الحق به وتبعه فى الكفر، وتغير ما ظنناه من الإسلام، وإن استلحق من غير بينة ثبت النسب، وفى الحكم بكفره وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن تبعية الأب أقوى من تبعية الدار، والدين يتبع النسب هاهنا. والثانى: أن ذلك أقوى إذا لم يسبق الحكم، وأما تسليط الذمى على الاستقلال بإبطال حكمنا، فبعيد.

الحكم الثانى: فى اللقيط

جنايته فى الصبى وأرض خطئه على بيت المال، وإن جنى عليه خطأ فالأرض له، وإن

كان موجباً للقود نظر، فإن كان في النفس، فقد اختلف نص الشافعي، رضى الله عنه، في القصاص، أما وجوبه فظاهر؛ لأنه معصوم مسلم، وأما إسقاطه، فاختلف في تعليقه، فقال الأكثرون: سببه أنه لا وارث له، وأنه يثبت للمحائين والصبيان وسائر المسلمين، فكيف يستوفى؟ وعلى هذا لو قتل من لا وارث له فلا قصاص، وكذا كل قصاص خلفه من لا وارث له فلا قصاص عليه.

وزيف صاحب التقريب هذا؛ لأن الاستحقاق لا ينسب إلى آحاد المحائين والصبيان، بل إلى جهة الإسلام، وعلل بأن نص الشافعي، رضى الله عنه، يدل على توقفه في الإسلام بتبعية الدار لانتظار تغيره بعد البلوغ.

و أما إذا قطع طرفه، فعلى طريقة الأصحاب: يجب القصاص لتعين المستحق، وعلى طريقة صاحب التقريب يتوقف، فإن أعرب عن نفسه بالإسلام إذا بلغ تبين الوجوب، وإلا فلا، هذا إذا كان القاطع مسلماً، فإن كان ذمياً فلا توقف من جهة الإسلام.

فإن قيل: والإمام هل يستوفى القصاص؟ قلنا: إن كان في النفس فيستوفيه إن رآه، أو يأخذ الدية لبيت المال؛ إذ لا معنى للتوقف، ولو منع من أخذ البدل لصار القصاص حداً.

وإن كان في طرف فالمستحق هو اللقيط، فلا يستوفيه؛ لأن الولي عند الشافعي، رضى الله عنه، لا يستوفى القصاص.

وحكى عن القفال وجه: أن السلطان يستوفى القصاص في طرف المحنون؛ لأنه لا ينتظر لإفاقته وقت مخصوص.

وهل للإمام أن يأخذ الأرض في الحال؟ نظر، فإن وجب لصبي غنى فلا، وإن وجب لمحنون فقير فيأخذ؛ للحاجة وعدم الانتظار. فإن وجب لصبي فقير، أو لمحنون غنى، فوجهان؛ لوجود أحد المعنيين.

فإن قلنا: لا يأخذ، فيحبس من عليه القصاص إلى الإفاقة والبلوغ، ولا يزال بطول الحبس، فإن تقويت الحق غير ممكن.

وإن قلنا: يأخذ، قبل الغنى وانهض لطلب القصاص فيه وجهان، منشؤهما أن الأخذ للحيلولة، أم هو إسقاط للقصاص بحكم ظهور المصالح؟

ثم قال الأصحاب: ولاية أخذ المال إن جعلناه إسقاطاً فلا يثبت للوصى، وإن جعل للحيلولة فيثبت له.

الحكم الثالث: نسب اللقيط

وفيه مسائل: الأولى: إن ظهر إنسان وزعم أنه والده ألحق بمجرد الدعوى؛ إذ لا منازع، وإقامة البينة على النسب عسير.

نعم. إن بلغ الصبي وأنكر فهل ينقطع؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ تم الحكم به. والثاني: نعم، كما إذا استلحق بالغاً فأنكره، فإنه لا يثبت. وإن كان المستلحق هو الملتقط نفسه، يثبت النسب.

وقال مالك، رحمه الله: لا يثبت؛ لأنه لا ينبذ ولد نفسه، ثم يلتقطه، إلا إذا كان لا يعين أولاده، فقد يفعل ذلك تفاؤلاً.

الثانية: لو جاء عبد واستلحقه. نص هاهنا على أنه يلحقه، ونص في الدعوى على أنه ليس أهلاً، فقال الأصحاب قولين، الصحيح أنه أهل؛ إذ إمكان النسب للرقيق حاصل. والثاني: لا؛ لأنه يقطع ولاء السيد به عن نفسه. ثم الصحيح على هذا أن الحر لو استلحق صبياً رقيقاً لحقه. ومنهم من منع لهذه العلة، وهو قطع الحر بدعواه ولاء السيد.

الثالثة: المرأة إذا استلحقت، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يلحق بها كالرجل. والثاني: لا؛ لأنه لو ألحق بها للحق زوجها، وقبول قولها على زوجها محال، والإلحاق بها دونه محال. والثالث: أنه يلحق الخلية دون ذوات الزوج؛ لما ذكرناه.

الرابعة: إذا تداعى رجلان نسب مولود، فلا يقدم حر على عبد، ولا مسلم على كافر، بل يتساويان، نعم صاحب اليد يقدم بشرطين:

أحدهما: أن لا تكون يده يد التقاط؛ فإن يد الالتقاط لا تدل على النسب، نعم تدل على الحضانة. والثاني: أن يكون صاحب اليد قد استلحق من قبل.

فإن لم يسمع استلحاقه إلا عند دعوى الثاني، فوجهان: أحدهما: لا يقدم؛ إذ لا دلالة للسيد إذا لم يقارنه استلحاق. والثاني: نعم؛ لأن اليد على الجملة دالة، ولعل الاستلحاق كان ولم يبلغنا.

فرعان: أحدهما: إذا أقام كل واحد بينة على أنه ولده، تعارضتا وتهاترتا؛ إذ لا سبيل إلى قول القسمة ولا إلى قول الوقف فإنه لا يزيد فائدة.

ولا يجرى قول الإقراع أيضاً؛ إذ النسب لا يثبت بالقرعة. ولوتنازعا فى الحضانة، وأقام كل واحد منهما بينة على الالتقاط: فإن شهدت لأحدهما بالسبق فى الالتقاط فهو مقدم فى الحضانة، وإن كنا نتردد فى مثله فى الإملاك؛ لأن حق الحضانة لا ينتقل والملك قد ينتقل، وكذلك لو كان أحدهما صاحب يد، قدمت بينته؛ لأنها دلالة الالتقاط، كبينة الداخل، وإن تعارضا من كل وجه، فإما قول التهاتر، وإما قول القرعة، ولا سبيل إلى التوقف والقسمة.

الثانى: إذا بلغ الغلام وقد تعارضت الدعاوى أو البيئات: خيرناه بينهما، وأمرناه بالتعويل على حركة الباطن من جهة الجبلية، لا على محض التشهى.

فإن التحق بأحدهما ثم رجع لم يمكن، بخلاف الصبى المخير بين الأبوين؛ لأن ذلك يعتمد الشهوة.

فلو ظهر قائف، فيقدم قول القائف على التحاقه؛ لأنه أقوى. وإن حكم القائف، فقامت بينة على خلافه قدمت البينة؛ لأنها أقوى من قول القائف.

وفى اختيار اللقيط بعد التمييز وقبل البلوغ خلاف.

الحكم الرابع: رقه وحرته

وللقيط أربعة أحوال:

الحالة الأولى: إذا لم يدع أحد رقه: فالأصل فيه الحرية فى كل ما يخصه، ولا يتعلق بغيره فينبى فى الأمر على الأصل؛ إذ يحكم له بالملك، ويصرف ماله إلى بيت المال إذا مات.

ولو جنى فالأرض على بيت المال؛ لأنه لم يتوقف فى توريث بيت المال منه، فكذا فى تغريمه؛ لأنه بإزائه.

أما ما يتعلق بالغير: فإن أتلّف متلف ماله وغرمه له إذا الغرم لا بد منه، ولا أرب للغارم فى مصرفه، وإن قتله عبد قتل به.

وإن قتله حر، فحاصل الخلاف ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يجب القصاص أو الدية، فإن الأصل الحرية إلى أن يظهر نقيضه ولم يظهر. والثانى: أنه تجب الدية دون القصاص؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة، وهذه شبهة ظاهرة. والثالث: أنه يجب أقل الأمرين من الدية أو القيمة؛ إذ لا تشغل الذمة البرئة إلا بيقين، وقد ذكرنا قولاً فى سقوط قصاص من لا

وارث له على التعيين؛ فذلك القول عائد هاهنا، وإنما الأوجه الثلاثة تفريع على القول الآخر.

الحالة الثانية: أن يدعى مدع لرقه بغير بينة: فإن لم يكن فى يده فلا تقبل دعواه، وكذا إن كان فى يده، واليد يد الالتقاط؛ لأننا عرفنا مستنده.

وفيه وجه: أنه يحكم له بالرق بيد الالتقاط، كمن وجد ثوباً فى طريق فادعى ملكه، وهو ضعيف؛ لأنه لا حق للثوب فى الانفكاك عن الملك، وللصبي حق فيه.

وإن لم تكن يد الالتقاط، بل وجدناه فى يده، وهو يزعم أنه رقيقه فهو مصدق، فإن بلغ الصبي فأنكر، ففى احتياج السيد إلى البينة وجهان سبق نظيرهما فى النسب.

الحالة الثالثة: أن يقيم المدعى بينة على الرق مطلقاً.

فحاصل المذهب ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تسمع، كالبينة على الملك. والثانى: لا بد من ذكر السبب؛ لأن أمر الرق خطير، وربما عولت البينة على ظاهر اليد. والثالث، وهو الأصح: أن يد المدعى إن كانت عن جهة الالتقاط فلا بد من ذكر السبب؛ لأن البينة ربما استندت إلى هذه اليد التى لا دلالة لها. وإن لم يكن للمدعى يد، أو لم يكن له يد التقاط سمعت البينة.

التفريع: إن قلنا لا بد من التقيد، فالقيد أن يقول: هذا رقيقى ولدته جاريتى المملوكة فى ملكى وعلى ملكى.

فلو اقتصر على أنها ولدته جاريته المملوكة، فوجهان: أحدهما: لا؛ إذ قد تلد الجارية المملوكة ولداً حراً عن وطء بشبهة. والثانى: نعم؛ إذ غرض التقيد أن يأمن استناد البينة إلى ظاهر اليد.

ثم لو قيدت البينة الرق بالسبب أو الشراء أو الإرث كان كما لو قيدته بالولادة؛ إذ المقصود دفع حيال الإطلاق.

الحالة الرابعة: أن يبلغ اللقيط ويقر على نفسه بالرق للمدعى: نظر، فإن لم يسبق منه ما يناقض هذا الإقرار قبل قوله على الصحيح؛ إذ لم تكن الحرية مجزومة، بل كان بناء على الظاهر.

وذكر صاحب التقریب قولاً: أنه لا تقبل تفريعاً على أنه لو أعرب بالكفر لم يجعل كافراً أصلياً، مراعاة لاستصحاب حكم الإسلام، وكذا استصحاب أصل الحرية، وهو بعيد.

أما إذا سبق منه ما يناقضه، نظر: فإن سبق إقرار بالحرية قطع العراقيون والقاضي حسين بأنه لا يقبل إقراره؛ إذ لله، عز وجل، حق في حرية العباد، وقد ثبت بإقراره، فليس له إبطاله.

وقطع الصيدلاني بالقبول، كما لو أنكر حق الغير ثم أقر، وكالمرأة إذا أنكرت الرجعة ثم أقرت.

ولو كان يرعى حق الشرع لما قبل إقرار اللقيط ابتداءً، وقد حكم بحريته بناءً على الظاهر.

أما إذا سبق إقرار بالرق لإنسان، فأنكر المقر له فأقر بالرق لغيره: حكى العراقيون من نص الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا يقبل إقراره الثاني؛ لأنه إذا رد إقراره الأول عاد إلى يد نفسه، فكأنه قد تم الحكم بحريته، والثاني نقض.

وعرج ابن سريج قولاً: أنه يقبل، إذ الإقراران متوافقان على الرق، وإنما الاختلاف في الإضافة إلى السيد.

أما إذا لم يسبق إقرار، ولكن سبق تصرفات تستدعي الحرية من نكاح وبيع وغيره، فهذا لا يمنعه من أن يقر على نفسه فيقبل إقراره بالرق.

ويظهر أثره في كل ما قدر عليه، كما إذا لم يسبق التصرف، وهل يقبل فيما يقر بغيره؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يقبل؛ لأن الأمر فيه لا يتجزأ، فيصير إقراره كقيام البينة. ولو قامت البينة على رقه لقبول مطلقاً فيما له وعليه، وسلك بتصرفاته السابقة مسلك الصادر من الرقيق بغير إذنه. فذلك لا يخفى حكمه والتفريع عليه، فكذلك هذا. والثاني: أنه لا يقبل فيما يضر بغيره؛ إذ سبق منه تصرف هو التزام لحقوق الأعيان، فلا تقبل مناقضته. والثالث: أنه لا يقبل فيما مضى؛ لأن الالتزام مقصور عليه، وفي المستقبل هو رقيق مطلق فيما له وعليه.

ويتفرع على القولين الآخرين فروغ:

الأول: لقيطة نكحت، ثم أقرت بالرق، فالناكح دائم؛ لأن في قطعه إضراراً بالزوج، والوطء، وإن كان مستقبلاً فهو في حكم الماضي، ولدها الذي انفصل منها قبل الإقرار حر، ولا قيمة على الزوج؛ إذ فيه إضرار. وفي المستقبل ترق الأولاد إن فرقنا بين الماضي والمستقبل.

ولا يجعل الولد كالمستوفى بالنكاح؛ لأنه موهوم، بخلاف استحقاق الوطاء. وأما المهر: فليسيد المطالبة بأقل الأمرين من المسمى أو من المثل.

فإن كان المسمى أقل، ففى الزيادة إضرار بالزوج، وإن كان مهر المثل أقل فالسيد لا يدعى أكثر منه.

أما العدة: فإذا طلقها الزوج طلاقاً رجعيًا، اعتدت بثلاثة أقرء؛ لأنه استحق الرجعة فى الثالثة، وفيه إضرار به.

وكذا إن كان الطلاق بائنًا؛ لأن نفس العدة حق للزوج، وإلا إذا قبلنا إقرارها فيما يضر بالغير فى المستقبل.

ويحتمل أن يقال: هذا كالمستحق بالعقد السابق، كما فى الوطاء.

فإن مات الزوج، قال الشافعى، رضى الله عنه: نعتد بشهرين وخمسة أيام؛ إذ حق الزوج إنما يحسن مراعاته فى حياته.

فمن أصحابنا من قال: إن سقط حقه فلا عدة؛ لأنها تدعى بطلان النكاح من الأصل، بل عليها الاستبراء إن وطئت، وإلا فلا شيء عليها، والنص ما ذكرناه، وكأن الشافعى، رضى الله عنه، ينظر فى أصل العدة إلى حق الشرع، وفى تفصيله إلى حق الزوج.

أما تسليمها إلى الزوج نهارًا فيجب؛ لأنه مستحق بالعقد السابق، ففى المنع إضرار. الفرع الثانى: لقيط نكح، ثم أقر بالرق: فإن قبلنا الإقرار مطلقًا، فقد بان بطلان النكاح من أصله، ولا يخفى حكم وطاء الرقيق فى مهر المثل إن جرى.

وإن لم يقبل فيما مضى، فقد بطل حقه من بضعها فى المستقبل فى الحال فكأنه طلاق، فيجب نصف المهر متعلقًا بذمته وكسبه إن لم يكن وطاء، وإن كان وطاء فتمام المسمى؛ لأن الوطاء جرى فى نكاح لم يتبعه بالإبطال فيما مضى، فلا يجب إلا مهر المثل.

الفرع الثالث: لقيط باع واشترى ثم أقر: فهذا أمر قد مضى، فإن لم يقبل قوله فى الماضى لم يتبع ما مضى، وإن قبل قوله عمومًا قدرنا أن تيك التصرفات صدرت من غير مأذون، فيسترد أعيان الأموال، ويرد الأثمان.

وما تلف فى يدهم مضمونة للسيد، وما تلف فى يد العبد فيتعلق بذمة العبد لا برفقته وكسبه، كديون معاملة العبد، ولا ينفع العامل ظنه حريته عند التصرف.

الفرع الرابع: جنى اللقيط ثم أقر بالرق: اقتص منه، أو تعلق الأرض برقبته. وإن جنى عليه اقتص إن كان الجاني رقيقاً، وإن كان حراً عدل إلى الأرض. فإن قطع إحدى يديه وتساوت القيمة ونصف الدية، فذاك.

وإن كان نصف القيمة أقل فليس للسيد إلا ذاك، فإنه لا يطلب مزيداً. وإن كان نصف القيمة أكثر، فرع على الأقوال: فإن قبلنا الإقرار مطلقاً لزم. وإن بعضنا، اقتصر على نصف الدية، فإنه إضرار بالجاني. وفيه وجه: أن التغليظ على الجاني أولى.

فرع به الاختتام: إذا قذف لقيطاً بالغاً، وادعى رقه، فادعى اللقيط حرية نفسه، فقولان:

أحدهما: القول قول القاذف؛ لأن الأصل براءة ذمته. والثاني: القول قول اللقيط؛ لأن الأصل الحرية، وهو من تقابل الأصلين.

وإن قطع حر طرفه وجرى هذا النزاع، فطريقان:

أحدهما: طرد القولين. والثاني: القطع بالقصاص؛ إذ لو لم نوجب لعدلنا إلى القيمة، وهي أيضاً مشكوك فيها.

أما الحد إذا ترك، فالتعزير مستيقن بكل حال. والله تعالى أعلم وأحكم.

* * *



تم بحمد الله الجزء الثاني، وبله إن شاء الله
وأوله: كتاب الفرائض

* * *

فهرس محتويات
الجزء الثاني
من
الوسيط في المذهب



الوسيط في المذهب

تأليف

الشيخ الإمام حمزة الإسلام
أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى سنة ٥٠٥ هـ



تحقيق

أبي عمرو الحسيني بن عمر بن عبد الرحيم

المجلد الثالث

مفتوح

محمد علي بيضون

لشركتہ المکتبۃ والجماعۃ

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



جميع الحقوق محفوظة

Copyright ©
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية - بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة
نسخ الكتاب كاملاً أو جزءاً أو تسجيله على
أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو
برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة
الناشر خطياً.

Exclusive Rights by

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be
translated, reproduced, distributed in any
form or by any means, or stored in a data
base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Droits Exclusifs à

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle
ou morale d'éditer, de traduire, de
photocopier, d'enregistrer sur cassette,
disquette, C.D, ordinateur toute
production écrite, entière ou partielle,
sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رمل الطريف، شارع البعثري، شقة ملكات
ماتف وفاكس ٣٦٦٣٨ - ٣٦٦٣٥ - ٣٧٨٥١٢ (٩٦١ ١)
صندوق بريد ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beirut - Lebanon

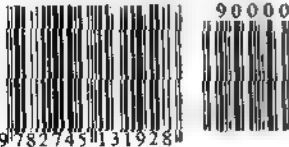
Ramel Al-Zarif, Bohory St., Melkar Bldg. 1st Floor
Tel. & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box - 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohory, Imme. Melkar, 1ère Etage
Tel. & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3192-3



9 782745 131928

<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
daydoun@al-ilmiyah.com

فهرس محتويات
الجزء الثالث
من
الوسيط في المذهب

فهرس المحتويات

٣	كتاب الفرائض	٥٦	الباب الثاني: في أحكام الوصية الصحيحة
٤	الباب الأول في مقادير أنصبة ذوي الفروض، وهم أصناف	٥٦	القسم الأول: في الأحكام اللفظية، وفيه فصلان
٥	الصنف الأول: الزوج والزوجة	٥٦	الفصل الأول: فيما يتعلق بالموصى به ...
٥	الصنف الثاني: الأم والجدة	٥٩	الفصل الثاني: فيما يتعلق بالموصى له
٧	الصنف الثالث: الأب والجد	٦٣	القسم الثاني من الباب: في الأحكام المعنوية، وفيه فصول
٩	الصنف الرابع: الأولاد	٦٣	الفصل الأول في الوصية بمنافع الدار والعبد وغلة البستان وثمرته
١٠	الصنف الخامس: الإخوة والأخوات	٦٦	الفصل الثاني: في الوصية بالحج
١٣	الباب الثاني: في العصبات	٦٨	الفصل الثالث: في فروع متفرقة
١٧	الباب الثالث: في الحجب	٧٠	القسم الثالث من الباب: في الأحكام الحسائية
١٩	الباب الرابع: في موانع الميراث، وهي ستة	٧٢	الباب الثالث: في الرجوع عن الوصية
١٩	الأول: اختلاف الدين	٧٤	الباب الرابع: في الأوصياء والنظر في أركان الوصية وأحكامها
٢٠	المانع الثاني: الرقيق	٧٤	النظر الأول في الأركان، وهي أربعة
٢١	المانع الثالث: القتل	٧٤	الركن الأول: الوصي
٢١	المانع الرابع: استبهاام تاريخ الموت	٧٥	الركن الثاني: الموصى
٢٢	المانع الخامس: اللعان	٧٦	الركن الثالث: الموصى فيه
٢٢	المانع السادس: الشك في الاستحقاق ...	٧٦	الركن الرابع: الصيغة
٢٢	الباب الخامس: في حساب الفرائض، وفيه فصول	٧٨	النظر الثاني: في أحكام الوصاية
٢٥	الفصل الأول في مقدرات الفرائض ومستحقها ومخارجها وعولها	٧٩	كتاب الوديعة
٢٨	الفصل الثاني: في طريق تصحيح الحساب	٨٠	أما الأركان: فالمودع، والمودع، والوديعة، والصيغة
٣٢	الفصل الثالث: في حساب الخنثى	٨٠	أما حكم الوديعة
٣٤	الفصل الرابع: في حساب المناسخات ...	٨٠	أما الضمان
٣٧	الفصل الخامس: في قسمة التركات	٨٦	النظر الثاني: في رد العين إذا كانت باقية ..
٤٠	كتاب الوصايا	٨٩	كتاب قسم الفى والغنائم، وفيه بابان
٤١	الباب الأول: في أركان الوصية، وهي أربعة	٨٩	الباب الأول: في الفى
٤١	الركن الأول: الموصى	٨٩	الطرف الأول: في الخمس
٤٣	الركن الثاني: الموصى له		
٤٨	الركن الثالث: في الموصى به		
٥٣	الركن الرابع: الصيغة		

١٣٨.....	الفصل الرابع في تَوَلَّى طَرَفَى الْعَقْد
١٣٩.....	الفصل الخامس في توكيل الوَلَّى وإذنه
١٣٩.....	الفصل السادس فيما يجب على الوَلَّى
١٤٠.....	الفصل السابع في الكفاءة وخصالها
١٤١.....	الفصل الثامن في اجتماع الأولياء في درجة واحدة
١٤٢.....	الباب الثاني في المَوَلَّى عليه، وفيه ثلاثة فصول
١٤٤.....	الأول: في المولى عليه بالجنون
١٤٤.....	الفصل الثاني في المولى عليه بالرق
١٤٦.....	الفصل الثالث في المولى عليه بالرق
١٤٦.....	القسم الثالث من الكتاب في الموانع للنكاح، في النكاح، والمنكحة، وهي أربعة أجناس
١٤٧.....	الجنس الأول: المحرمة
١٤٧.....	الجنس الثاني: ما يتعلق بتعدد عددي ولا تتأبد به الحرمة
١٥٠.....	المانع الأول: نكاح الأخت في عدة الأخت
١٥٠.....	المانع الثاني: الزيادة على الأربع ممتنع على الحر
١٥١.....	المانع الثالث: استيفاء عدد الطلاق
١٥٣.....	الجنس الثالث من الموانع: الرق والملك
١٥٣.....	الجنس الرابع في الموانع الكفر، وفيه ثلاثة فصول
١٥٦.....	الفصل الأول: في أصناف الكفار
١٥٦.....	الفصل الثاني: في أقسام أهل الكتاب
١٥٧.....	الفصل الثالث: في تبدل الدين
١٥٨.....	هذا باب نكاح المشركات وفيه فصول
١٥٨.....	الأول في حكم أنكحة الكفار في الصحة والفساد
١٥٨.....	الفصل الثاني في أن يسلم الكافر على عدد من النسوة لا يمكن الجمع بينهما
١٦٣.....	الفصل الثالث في حكم العيب والإماء، وطرآن العتق عليهم
١٦٥.....	الأول في العيب، وله طرفان
٩١.....	الطرف الثاني: في الأخماس الأربعة
٩٤.....	الباب الثاني: في قسم الغنائم
٩٤.....	النظر الأول: في النفل
٩٥.....	النظر الثاني: في الرَضَخ
٩٥.....	النظر الثالث: في السِّلْب
٩٨.....	النظر الرابع: في قسمة الغنيمة
١٠١.....	كتاب قسم الصدقات، وفيه بابان
١٠١.....	الباب الأول: في المستحقين، وفيه ثلاثة فصول
١٠١.....	الفصل الأول في بيان الأصناف الثمانية المذكورة في كتاب الله تعالى
١٠١.....	الفصل الثاني في موانع الصرف مع الاتصاف بهذه الصفات
١٠٦.....	الفصل الثالث: فيما يُعزَف به وجود الصفات
١٠٧.....	الباب الثاني في كيفية الصرف إلى المستحقين
١٠٨.....	الفصل الأول: في القدر المصروف إلى واحد منهم
١٠٨.....	الفصل الثاني في نقل الصدقات إلى بلدة أخرى
١٠٩.....	الفصل الثالث: في صدقة التطوع
١١١.....	كتاب النكاح
١١٣.....	القسم الأول: في المقدمات
١١٣.....	القسم الثاني من الكتاب في الأركان والشرائط، وهي أربعة
١٢٨.....	الأول: الصيغة
١٢٨.....	الركن الثاني المحل
١٣٠.....	الركن الثالث الشهود
١٣٠.....	الركن الرابع العاقدان
١٣٢.....	الباب الأول: في الأولياء، وفيه فصول
١٣٣.....	الفصل الأول في أسباب الولاية
١٣٣.....	الفصل الثاني في ترتيب الأولياء من القرابة والولاء والسلطنة
١٣٤.....	الفصل الثالث في سوابب الولاية

الفصل الثاني في تغييرات الصداق التي	الطرف الثاني في عتقهن ١٦٦
<u>توجب رد الحق إلى القيمة أو الخيار ... ٢٠٨</u>	<u>الفصل الرابع في الاختيار وحكمه ١٦٧</u>
<u>قاعدتان يتعطف حكمهما على المسائل ... ٢١٢</u>	<u>الفصل الخامس في النفقة والمهر ١٦٩</u>
الفصل الثالث في التصرفات المانعة من	القسم الرابع من الكتاب في موجبات الخيار ١٧٠
الرجوع ٢١٣	<u>السبب الأول العيوب ١٧٠</u>
الفصل الرابع فيما لو وهبت الصداق من	السبب الثاني للخيار الغرور، وفيه نظران . ١٧٣
زوجها، ثم طلقها ٢١٤	<u>الأول: في حكم الغرور، وصورته ١٧٣</u>
<u>توجيه أصل القولين ٢١٧</u>	النظر الثاني في حكم الولد إذا جرى التغيرير
<u>الفصل الخامس: في المتعة ٢١٨</u>	بالرق ١٧٥
<u>الباب الخامس: في النزاع في الصداق ٢١٩</u>	السبب الثالث للخيار العتق ١٧٧
<u>الولاية والنثر ٢٢١</u>	<u>السبب الرابع العنة ١٧٩</u>
الفصل الأول: في وجوبها، ووجوب	القسم الخامس من الكتاب في فصول متفرقة
الإجابة ٢٢١	<u>شدت عن هذه الضوابط، وهي ستة فصول</u>
<u>الفصل الثاني: في الضيافة ٢٢٤</u>	<u>الفصل الأول: فيما يستباح من الاستمتاع</u>
<u>الفصل الثالث: في نثر السكر والجوز ٢٢٤</u>	<u>بالنكاح ١٨٢</u>
كتاب القسم والنشوز، وفيه مقدمة وستة	<u>الفصل الثاني في وطء الأب جارية الابن . ١٨٣</u>
فصول ٢٢٦	<u>الفصل الثالث في إعفاف الأب ١٨٤</u>
<u>أما المقدمة ٢٢٦</u>	<u>الفصل الرابع في تزويج الإمام وحكمه في</u>
<u>أما الفصل الأول: فيمن يُستحق القسم</u>	<u>الاستخدام، والنفقة، والمهر ١٨٧</u>
<u>وُستحقَّ عليه ٢٢٦</u>	<u>الفصل الخامس في تزويج العبد ١٨٩</u>
الفصل الثاني في مكان القسم، وزمانه،	<u>الفصل السادس في التنازع في النكاح ١٩١</u>
وعده ٢٢٧	<u>كتاب الصداق ١٩٤</u>
<u>الفصل الثالث في التفاضل ٢٢٩</u>	الباب الأول في حكم الصداق الصحيح في
<u>الفصل الرابع في الظلم، ووجوب القضاء ٢٣٠</u>	الضمان والتسليم والتقيرير ١٩٤
<u>الفصل الخامس في المسافرة بهن ٢٣٢</u>	<u>الحكم الأول: في الضمان ١٩٤</u>
<u>الفصل السادس في الشقاق بين الزوجين .. ٢٣٤</u>	<u>الحكم الثاني: في التسليم ١٩٧</u>
<u>كتاب الخلع ٢٣٦</u>	<u>الحكم الثالث. التقرير ١٩٨</u>
الباب الأول الأول في أثره في النكاح،	الباب الثاني في أحكام الصداق انفاسد ... ١٩٨
وألفاظه ٢٣٦	الباب الثالث في إحلاء النكاح عن المهر . ٢٠٣
الفصل الثاني في معنى نسة الخلع إلى	<u>الفصل الأول: فيما تستحقه المفوضة ٢٠٣</u>
المعاملات ٢٣٩	<u>الفصل الثاني: في الغرض، ومعناه، وحكمه ٢٠٥</u>
<u>الباب الثاني في أركان الخلع ٢٤١</u>	<u>الفصل الثالث: في تعرف مهر المثل ٢٠٦</u>
الباب الثالث في موجب لفظ الزوج في إلزام	الباب الرابع في حكم تشطر الصداق بالطلاق
العوض وتسليمه ٢٤٦	قبل المسيس، وفيه خمسة فصول ٢٠٧
	<u>الفصل الأول في محله وحكمه ٢٠٧</u>

٢٨١.....	الفصل الثاني: في تكرير الطلاق	٢٤٦	الفصل الأول: في الألفاظ الملزمة وحكمها
٢٨٣.....	الفصل الثالث: في الطلاق بالحساب	٢٤٧	الفصل الثاني في حكم الإعطاء
٢٨٥.....	الباب الخامس في الاستثناء	٢٤٧	الفصل الثالث في التعليق بالنقد
٢٨٦.....	الفصل الأول: في الاستثناء المستغرق	٢٤٨	الفصل الرابع في التعليق بإعطاء ثوب أو عيد
٢٨٧.....	الفصل الثاني: في التعليق بالمشيئة	٢٥٠	الباب الرابع: في سؤال الطلاق، وفيه فصول
	الباب السادس: في الشك في الطلاق وفي	٢٥٠	الفصل الأول: في ألفاظها في الالتماس ..
٢٨٨.....	محله	٢٥١	الفصل الثاني: في التماسها طلاقاً مقيداً بعدد
٢٩٣.....	الشرط الثاني من الكتاب في التعليقات		الفصل الثالث في استدعائها طلاقاً معلقاً
٢٩٣.....	الفصل الأول في التعليق بالأوقات	٢٥٣	بزمان
٢٩٥ ..	الفصل الثاني: في التعليق بالتطبيق ونفيه ..	٢٥٤	الفصل الرابع: في سؤال الأجنبي واختلاعه
٢٩٨	الفصل الثالث في التعليق بالحمل والولادة	٢٥٥	الباب الخامس في النزاع في الخلع
٣٠٠.....	الفصل الرابع: في التعليق بالحيض	٢٥٨.....	كتاب الطلاق
٣٠٢.....	الفصل الخامس في التعليق بالمشيئة	٢٥٨.....	الباب الأول: في معنى السنة والبدعة
٣٠٣	الفصل السادس في التعليق في مسائل الذَّور	٢٥٨ ..	الفصل الأول: في مواقع السنة والبدعة ..
	القسم الثاني من التعليقات في فروع متفرقة		الفصل الثاني في إضافة الطلاق إلى السنة
٣٠٣.....	نذكرها أرسالاً	٢٦١.....	والبدعة، تنجيهاً وتعليقاً
٣٠٩.....	كتاب الرجعة	٢٦٤.....	الباب الثاني: في بيان أركان الطلاق
٣٠٩	الباب الأول: في أركان الرجعة وأحكامها	٢٦٥ ..	الفصل الأول: في بيان الصريح والكتابة
٣٠٩.....	الفصل الأول في الأركان	٢٦٧.....	الفصل الثاني: في الأفعال
٣١٢.....	الفصل الثاني: في أحكام الرجعية	٢٦٩ ..	الفصل الثالث: في التفويض إلى الزوجة
٣١٣.....	الباب الثاني في النزاع		الركن الثالث: القصد إلى لفظ الطلاق،
٣١٥.....	كتاب الإيلاء	٢٧٠.....	ومعناه
٣١٥.....	الباب الأول في أركانه	٢٧٠.....	السبب الأول: سبق اللسان
٣١٥.....	الركن الأول الخالف	٢٧١.....	السبب الثاني: الهزل
٣١٦.....	الركن الثاني المحلوف به	٢٧٢.....	السبب الثالث: الجهل
٣٢١ ..	الركن الثالث: في المدة المحلوف عليها	٢٧٢.....	السبب الرابع: الإكراه
٣٢٢... ..	الركن الرابع: في ألفاظ المحلوف عليه	٢٧٤.....	السبب الخامس: زوال العقل
٣٢٣ ..	الباب الثاني: في حكم الإيلاء الصحيح		الركن الرابع لنفوذ الطلاق: المحل، وهي
٣٢٣.....	الفصل الأول في المدة	٢٧٥.....	المرأة
٣٢٤.....	الفصل الثاني في المطالبة	٢٧٦	الفصل الثاني في إضافة الطلاق إلى الزوج
٣٢٥.....	الفصل الثالث: في دفع المطالبة	٢٧٦.....	الركن الخامس: الولاية على المحل
٣٢٦ ..	الفصل الرابع: فيما به القية، وهو الوطء	٢٧٩.....	الباب الثالث حكم طلاق المريض
٣٢٨.....	كتاب الظهار		الباب الرابع: في تعديد الطلاق، وفيه
٣٢٨.....	الباب الأول في أركانه وموجب ألفاظه	٢٨٠.....	فصول
		٢٨٠.....	الفصل الأول: في نية العدد

٣٧٢..... أنواع عدتهن	٣٢٨..... الفصل الأول: في أركانه
٣٧٢..... النوع الأول	٣٣٠..... الفصل الثاني: في موجب الألفاظ
٣٧٢..... النوع الثاني: المعتدة بالأشهر	٣٣١..... الباب الثاني في حكم الظهار الصحيح
٣٧٢..... النوع الثالث: عدة الحامل وفيه فصلان	٣٣٧..... كتاب الكفارات
٣٧٢..... الأول: في شروطه	٣٣٧..... الخصلة الأولى: العتق
..... الفصل الثاني في ظهور أثر الحمل وحقيقتها	٣٤٢..... الخصلة الثانية الصيام، وفيه نظران
٣٧٣..... بعد الاعتداد بالأقراء	٣٤٢..... النظر الأول: فيما يجوز العدول إليه
..... الباب الثاني في تداخل العدتين عند تعدد سببه	٣٤٤..... النظر الثاني: في حكم الصوم
٣٧٥..... القسم الثاني من الكتاب في عدة الوفاة	٣٤٤..... الخصلة الثالثة الإطعام
..... وحكم السكنى وفيه بابان	٣٤٦..... كتاب اللعان
..... الباب الأول في موجب العدة، وقدرها، وكفتها، وفيه فصول	٣٤٧..... القسم الأول في القذف
٣٧٩..... الفصل الأول: في الموجب والقدر الباب الأول فيما كان قذفاً من كافة الخلق، وفي موجب، وفيه فصلان
٣٨٠..... الفصل الثاني: في المفقود زوجها	٣٤٧..... الفصل الأول: في ألفاظ القذف
٣٨٠..... الفصل الثالث: في الإحداد لفصل الثاني: في موجب القذف
..... الباب الثاني في السكنى، وفيه أربعة فصول	٣٥٢..... الباب الثاني في قذف الأزواج خاصة
٣٨٢..... الفصل الأول: فيمن تستحق السكنى الفصل الأول فيما يبيع القذف واللعان، أو يوجه
..... الفصل الثاني: في أحوال المعتدة وهل يباح لها مفارقة المسكن؟	٣٥٢..... الفصل الثاني في أركان اللعان ومجاريه
٣٨٣..... الفصل الثالث: فيما يجب على الزوج	٣٥٨..... الفصل الثالث في فروع متفرقة
٣٨٥..... الفصل الرابع: في بيان مسكن النكاح	٣٦٠..... الركن الرابع في صيغة اللعان
..... القسم الثالث من الكتاب في الاستبراء الباب الثالث في جوامع أحكام اللعان، وحكم الولد خاصة
٣٨٧..... بسبب ملك اليمين، وفيه ثلاثة فصول	٣٦٢..... الفصل الأول: فيمن يلحقه النسب
..... الفصل الأول في قدر الاستبراء، وشروطه، وحكمه	٣٦٣..... الفصل الثاني: في أحوال الولد
٣٨٧..... الفصل الثاني في سبب الاستبراء	٣٦٤..... الفصل الثالث: فيما يُسقط حق النفي
٣٩٢..... الفصل الثالث فيما تصير به الأمة فراشاً	٣٦٦..... كتاب العدد
٣٩٤..... كتاب الرضاع أما عدة الطلاق
٣٩٤..... الباب الأول: في أركان الرضاع وشرائطه الباب الأول في عدة الحرائر والإماء، وأصناف المعتدات، وأنواع عدتهن
٣٩٨..... الباب الثاني فيمن يحرم بالرضاع الصنف الأول: المعتادة
٣٩٩..... فصل: في مسائل تتعلق بالفحل خاصة الصنف الثاني: المستحاضات
..... الباب الثالث: في بيان الرضاع القاطع للنكاح وحكم الثرم فيه الصنف الثالث: الصغيرة
٤٠٠..... الباب الرابع في التراجع الصنف الرابع: التي تباعدت حيضتها
٤٠٤.....	٣٧٠.....

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفرائض^(١)

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١]، وقال ﷺ: «إن الله تعالى لم يكل قسم موارثكم إلى ملك مقرب، ولا إلى نبي مرسل، ولكن تولى بيانها فقسّمها أبين قسم»^(٢).

وقال، عليه السلام: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنها نصف العلم، وإنى امرؤ مقبوض، وسينزع العلم من أمتي حتى يختلف رحلان في فريضة فلا يجدان من يعرف حكم الله فيها»^(٣).

(١) الفرائض: جمع فريضة، وهى فى الأصل: اسم مصدر من فرض، وافترض، ويسمى البعير المأخوذ من الزكاة، وفى الدينة: فريضة، فعلة بمعنى مفعولة.

قال الجوهري: الفرض: ما أوجبه الله تعالى، سمي بذلك؛ لأن له معالم وحدوداً. والفرض العطية الموسومة، وفرضت الرجل، وأفرضته: إذا أعطيته، والفارض، والفرضي: الذى يعرف الفرائض، وفرض الله تعالى، كذا وافترضه، والاسم: الفريضة، وتسمى قسمة الموارث، فرائض. واصطلاحاً: نصيب مقدر شرعاً للوارث، انظر: للمعجم الوسيط (٧٠٨/٢)، لسان العرب (٣٣٨٧/٥)، معنى للحتاج (٢/٣)، فتح الوهاب (٢/٢).

(٢) الحديث بلفظ: «إن الله لم يكل قسمها إلى ملك»، أورده: المتقى فى كنز العمال (١٦٥٤٤)، والسيوطى فى جمع الجوامع (٤٩٧٦)، وفى الدر المنثور (٢٥٠/٣).

وبلفظ: «إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره»، أخرجه: أبو داود (١٦٣٠)، البيهقى (١٧٤/٤)، (٦/٧)، السيوطى فى جمع الجوامع (٤٩٧٥)، المتقى (١٦٤٩٧، ٣٧٠٧٥)، الزبيدى (٩٩/٤)، الطبرانى (٣٠٣/٥)، البغوى فى شرح السنة (٩٠/٦)، شرح معانى الآثار (١٧/٢)، الدارقطسى (١٣٧/٢)، الألبانى فى إرواء الغليل (٣٥٣/٣).

(٣) للحديث ألفاظ كثيرة منها ما أورده المصنف، أخرجه: الدارمى (٧٣/١)، البيهقى (٢٠٨/٦)، الخاكم (٣٣٢/٤)، الزبيدى فى إتحاف السادة (٥٠/٢)، السيوطى فى الدر المنثور (١٢٦/٢)، المتقى (٢٨٨٦٢، ٣٠٣١٩)، العراقى فى المغنى عن حمل الأسفار (٩٥/١).

وبلفظ: «تعلموا الفرائض وعلموها، فإنه نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمتي»، أخرجه: ابن ماجه (٢٧١٩)، الخطيب فى تاريخ بغداد (٩٠/١٢)، ابن حجر فى فتح البارى (٥/١٢)، الألبانى فى إرواء الغليل (١٠٤/٦).

وقد اختلف الصحابة في تفصيل الورثة، واختار الشافعي، رضى الله عنه، مذهب زيد؛ لأنه أقرب إلى القياس؛ ولقوله، عليه السلام: «أفرضكم زيد»^(١). فنقتصر على ذكر مذهبه. فالورثة تارة تكون بسبب عام: كجهة الإسلام وأخرى بسبب خاص: كالنكاح والولاء، وتارة النسب، والوارثون من الرجال عندنا عشرة:

من جانب العلو: الأب، وأب الأب وإن علا. ومن جانب السفلى: الابن، وابن الابن وإن سفل. ومن الطرف: الأخ، وابنه إلا أن يكون ابن أخ لأم، والعم وابنه إلا يكون عمًا لأم، فإنه لا يرث ولا ولده. فيبقى اثنان وهما: المعتق، والزوج.

والوراثات من النساء سبع: الأم، والجدة، والبنت، وبنت الابن، والأخت، والزوجة، ومولدة المعتقة.

ومن عدا هؤلاء، كآب الأم، وأولاد البنات، وأولاد الإخوة من الأم، وأولاد الأخوات، والعمات، والخالات، والأخوال، وأولادهم فهم من ذوى الأرحام، لا ميراث لهم عندنا، بل الفاضل من المستحقين المذكورين لبيت المال.

وتفصيل النظر في الورث المذكورين تحصره أبواب:

الباب الأول

في مقادير أنصباة ذوى الفروض

والورثة قسمان: ذو فرض، وعصبة. وذو الفرض: من له سهم مقدر شرعًا لا يزيد، وهم أصناف^(٢).

«وبلفظ: «تعلموا القرآن والفرائض وعلموا (علموها) الناس فإني مقبوض»، أخرجه: الترمذى (٢٠٩١)، ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٢٢٥٤)، ابن حجر فى فتح البارى (٥/١٥)، وللحديث ألفاظ أخر.

(١) الحديث عن أنس، رضى الله عنه، مرفوعًا بلفظ: «أفرض أمئى زيد بن ثابت»، أخرجه: ابن عساكر فى تهذيب تاريخ دمشق (٤٤٩/٥)، السيوطى فى الدر المنثور (١٢٧/٢)، المتقى فى كنز العمال (٣٣٣٠٤)، ابن سعد فى الطبقات الكبرى (٢: ١١٥)، العجلونى فى كشف الخفا (١٦٨/١)، ابن حجر فى تلخيص الحبير (٧٩/٣)، فتح البارى (٢٠/١٢).

وبلفظ: «أفرضهم زيد بن ثابت»، أخرجه الزبيدى (٥١/٢)، ابن عساكر (٤٤٨/٥)، المتقى الهنذى (٣٦٧٥٣)، سعيد بن منصور فى سننه (٤).

(٢) أصحاب الفروض المقدره شرعًا، اثنا عشر شخصًا هم: الزوج، والزوجة، والبنت، وبنت الابن وإن نزل، والأب، والأم، والأخت الشقيقة، والأخت لأب، والأخ لأم، والأخت لأم. والجد الصحيح وإن علا، والجدة الصحيحة وإن علت، ثبت ذلك إما بالكتاب، أو بالسنة أو بالإجماع.

الصف الأول: الزوج والزوجة

وللزوج النصف، وللزوجة الربع، إذا لم يكن للميت ولد وارث، ولا ولد ابن وارث، فإن كان للزوج الربع، وللزوجة الثمن. وإن اجتمعت نسوة فلهن الثمن أو الربع، يشركن فيه، ولا يزيد بزيادة العدد^(١).

الصف الثاني: الأم والجد

وللأم الثلث، إلا في أربع مسائل:

أحدها: زوج وأبوان. والثانية: زوجة وأبوان. فلها في المسألتين ثلث ما يبقى بعد نصيب الزوج والزوجة.

الثالثة: إذا كان للميت ولد وارث، أو ولد ابن وارث، فإنه يرد الأم من الثلث إلى السدس.

الرابعة: إذا كان للميت اثنان من الإخوة أو الأخوات فصاعدًا، فلها السدس^(٢).

(١) للزوج في الإرث حالتان: أمثلة:

الأولى: النصف فرضًا:

زوج	أخت شقيقة
النصف فرضًا لعدم وجود الفرع الوارث	النصف فرضًا

ماتت عن:

الثاني: الربع فرضًا:

زوج	ابن ابن
الربع فرضًا لوجود الفرع الوارث	الباقى تعصيبًا

ماتت عن:

وللزوجة في الإرث حالتان: الأولى: الثمن فرضًا: مثال:

زوجة أو زوجات	بنت وابن
الثلث فرضًا لوجود الفرع الوارث.	الباقى تعصيبًا للذكر ضعف الأنثى

مات عن:

الثانية: الربع فرضًا: مثال:

زوجة أو زوجات	ابن بنت
الربع لعدم وجود الفرع الوارث بالفرض أو التعصيب	الباقى بالرحم

مات عن:

(٢) أمثلة محلولة على ميراث الأم:

أم:	زوج:	بنتين:
السدس فرضًا	الربع فرضًا	الثلاثان فرضًا

١- ماتت عن:

أم:	زوجة:	ابنتين:
السدس فرضًا	الثلث فرضًا	الباقى تعصيبًا

٢- مات عن:

أم:	زوج:	بنت:
السدس فرضًا	الثلث فرضًا	الباقى تعصيبًا

٣- ماتت عن:

أما الجدة: فلها السلس أبدأً. وإن اشتركت جماعة في درجة اشتركن في السلس، وإن كانت واحدة جدة من جهتين لم يزد نصيبها.

والجدة الوارثة هي التي تدلى بوارث، وهل كل جدة تدلى بمحض الذكور، كأم أب الأب، أو بمحض الإناث كأم أم الأم، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور كأم أم أب الأب^(١).

فأما إذا أدلت بذكر بين أثنين فلا ترث؛ لأن الذي تدلى به هو أب أم أو أب جدة، وهو من ذوى الأرحام^(٢).

وقال مالك، رحمه الله: كل جدة تدلى بذكر فهي لا ترث، إلا أم الأب وأمهاتها من قبل الأم، فأما من تدلى بذكر آخر سوى الأب فلا ترث. وهو قول للشافعي، رضى الله

السلس فرضاً	الربع فرضاً	النصف فرضاً والباقي يرد على البنت والابن
أم:	زوجة:	ابن:
السلس فرضاً	الثلث فرضاً	الباقي تعصياً
أم:	زوجة:	ابن:
السلس فرضاً	الربع فرضاً	الثلث فرضاً، والباقي يرد على الأم والإخوة لأم
أم:	زوجة:	أخوة لأب:
السلس فرضاً	الربع فرضاً	الباقي تعصياً
أم:	أب:	إخوة أشقاء:
السلس فرضاً	الباقي تعصياً	محجبون بالأب
أم:	زوجة:	أب:
السلس فرضاً	الربع فرضاً	الباقي تعصياً
أم:	زوج:	جد:
الثلث فرضاً	النصف فرضاً	الباقي تعصياً
أم:	بنت بنت:	

الثلث فرضاً والباقي ردّاً لا شيء لها، ولها حسب القانون وصية واحدة (١) وهي: الجدة الصحيحة، وهي التي تدلى إلى الميت بصاحب فرض كالأب وأبى الأب أو بصاحبة فرض كأم الأم، وعرفها القانون بأنها: أم أحد الأيوين أو الجد الصحيح وإن علت.

(٢) والجدة غير الصحيحة: هي التي يدخل في نسبتها جد غير صحيح، كأم أبى الأم، وأم أم أبى الأم؛ أو هي الجدة التي تدلى إلى الميت بمن ليس بعصبة ولا صاحبة فرض، وهي من ذوى الأرحام.

عنه، والصحيح هو الأول^(١).

الصف الثالث: الأب والجد

أما الأب: فيرث بالفرضية المحضة السلس، إن كان للميت ابن أو ابن ابن، وتكون العصوبة للأب.

ويرث بالتعصيب المحض إذا لم يكن للميت إلا زوج أو زوجة، أو لم يكن وارث أصلاً، ويجمع بين الفرض والتعصيب إن كان للميت بنت أو بنت ابن، فله السلس وللبنات أو بنت الابن نصيبها، وما فضل يصرف إلى الأب بالعصوبة^(٢).

(١) أمثلة محلولة على ميراث الجدة:

١- ماتت عن:	زوج:	أم:	أخ شقيق:	أم أم:	أم أب:
النصف فرضاً الثلث فرضاً الباقي تعصياً محجوبة بالأم محجوبة بالأم					
٢- مات عن:	زوجة:	أب:	أم أم:	أخ شقيق:	
الربع فرضاً الباقي تعصياً السلس فرضاً محجوب بالأب					
٣- مات عن:	ابن:	أم أب:	أم أم أب، وأم أم:		
الباقي تعصياً السلس فرضاً محجوبتان بأم الأب القريب					
٤- مات عن:	ابن:	أب:	أم أم:	أم أب:	
الباقي تعصياً السلس فرضاً السلس فرضاً محجوبة بالأب					
٥- مات عن:	جد:	أخت شقيقة:	أخ لأب:	أم أم أم أب:	
السلس فرضاً النصف فرضاً الباقي تعصياً السلس مناصفة					
٦- مات عن:	أب:	أم أم:	أم أب:		
الباقي تعصياً السلس فرضاً محجوبة بالأب					
٧- مات عن:	بنت:	بنت ابن:	أخ شقيق:	أم أب:	أم أم أم:
النصف فرضاً السلس فرضاً الباقي تعصياً السلس فرضاً محجوبة بالقريب					

(٢) أمثلة محلولة على ميراث الأب:

١- مات عن:	زوجة:	أب:	ابن:
الثلث فرضاً السلس فرضاً الباقي تعصياً			
٢- ماتت عن:	زوج:	أب:	ابن:
الربع فرضاً السلس فرضاً الباقي تعصياً			
٣- مات عن:	زوجة:	أب:	ابن وبنت:
الثلث فرضاً السلس فرضاً الباقي تعصياً للذكر ضعف الأنثى			
٤- مات عن:	زوجة:	بنتين:	أب:
الثلث فرضاً الثلثان فرضاً السلس فرضاً والباقي تعصياً			

والجد عند عدم الأب يقوم مقام الأب، إلا في أربع مسائل:
 الأولى: زوج وأبوان. والثانية: زوجة وأبوان. للأم في الصورتين ثلث ما يبقى، فإن
 كان بدله جد فللأم الثلث كاملاً. الثالثة: الأب يحجب الإخوة، والجد لا يحجب، لا
 الأخ للأم، ويقاسم الباقي. الرابعة: الأب يحجب أم نفسه، والجد أيضاً يحجب أم عسه
 ولكن لا يحجب أم الأب؛ لأنها زوجته، وهذا أوضح^(١).

=	٥- مات عن:	زوجة:	أب:	بنت ابن:
		الثلث فرضاً	السدس فرضاً، والباقي تعصيباً	النصف فرضاً
	٦- مات عن:	أب:	أم:	
		الباقي تعصيباً	الثلث فرضاً	
	٧- مات عن:	أب:	ابن بنت:	

التركة كلها لا شيء له؛ لأنه من ذوى الأرحام، وله حسب القانون وصية
 واحدة
 (١) الجد الذى يقوم مقام الأب عند عدم الأب، هو الجد الصحيح الذى لا يدخل فى نسبه إلى الميت
 أم كآب الأب، وأبى أب الأب وإن علا، وهو من أصحاب الفروض.
 ويقابله الجد غير الصحيح، وهو الذى تدخل فى نسبه إلى الميت أم، كآبى الأم، وأبى أم الأب،
 وهو من ذوى الأرحام المؤخرين فى الإرث عن أصحاب الفروض والعصبات.
 أمثلة محلولة على ميراث الجد الصحيح:

١- مات عن:	زوجة:	جد:	ابن:
	الثلث فرضاً	السدس فرضاً	الباقي تعصيباً
٢- مات عن:	زوجة:	جد:	بنت:
	الثلث فرضاً	السدس فرضاً، والباقي تعصيباً	النصف فرضاً
٣- مات عن:	جد:	بنت بنت:	
	التركة كلها تعصيباً	لا ترث، ولها وصية واحدة	
٤- مات عن:	جد	ثلاثة إخوة أشقاء:	
	المقاسمة خير من السلس، تقسم التركة بينهم بالتسوية		
٥- مات عن:	جد	وخمس إخوة أشقاء:	
	المقاسمة، والسلس سواء		
٦- مات عن:	جد	وسنة إخوة أشقاء:	
	السلس خير، فيأخذ الجد فرضاً، والباقي للإخوة		
٧- مات عن:	بنت:	جد، أخت شقيقة أو لأب:	
	النصف فرضاً	باقي التركة بين الجد والأخت للذكر ضعف الأنثى	
٨- مات عن:	جد:	أربعة إخوة أشقاء، وثلاث أخوات شقيقات:	
	السلس	الباقي للذكر ضعف الأنثى	

الصف الرابع: الأولاد

فإن تمحض أولاد الصلب، فالذكر الواحد يستغرق المال بالعصوبة. وإن كان فيهم ذكور وإناث، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن كان بنت واحدة فلها النصف، وإن كانتا اثنتين فصاعدًا فلها الثلثان لا يزيد بزيادة عددهن^(١). وأما أولاد الابن، فإن تمحضوا^(٢) فحكمهم حكم أولاد الصلب إذا تمحضوا.

٩- مات عن:		جد، أخ شقيق:		أخ لأب:	
		تقسم التركة بينهما بالتسوية		محجوب بالشقيق	
١٠- ماتت عن:		زوج:		بنتين:	
		جد:		أختين شقيقتين:	
الرابع فرضًا		الثلثان فرضًا		السدس فرضًا	
الباقى تعصيًا، ولا يوجد لاستغراق الفروض التركة					
١١- مات عن:		جد:		أخت شقيقة:	
		أخت لأب:			
الباقى تعصيًا		الصف فرضًا		السدس تكملة الثلثين	
١٢- ماتت عن:		زوج:		أم:	
		جد:		أخ شقيق:	
النصف فرضًا		الثلث فرضًا		السدس فرضًا	
الباقى ولا يوجد					
١٣- ماتت عن:		زوج:		جد:	
		أخت شقيقة:		أخت لأب:	
النصف فرضًا		السدس فرضًا		النصف فرضًا	
سدس تكمل الثلثين					
١٤- مات عن:		بنت:		جد:	
		أخت شقيقة		وأخ شقيق	
النصف فرضًا		الباقى تعصيًا للذكر مثل حظ الانثيين			
١٥- مات عن:		بنت:		جد:	
		أخ شقيق		أخ لأب:	
النصف فرضًا		الباقى تعصيًا		محجوب بالشقيق	
١٦- مات عن:		بنتين:		أم:	
		إخوة أشقاء:			
الثلثان فرضًا		السدس فرضًا		لا يرثون لاستغراق الفروض التركة	
١٧- مات عن:		أم:		جد:	
		أخت شقيقة:			
الثلث فرضًا		السدس فرضًا		النصف فرضًا	
١٨- مات عن:		زوج:		أم:	
		جد:		أخوين لأب:	
النصف فرضًا		السدس فرضًا		السدس فرضًا	
الباقى تعصيًا					

(١) هذا من قوله تعالى: ﴿يُورِثُكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف [النساء: ١١].

(٢) مُحْضٌ: فلان في نسبه، محوضة: كان خالص النسب، انظر: المعجم الوسيط (٢/٨٥٦).

فأما إذا اجتمع البطنان، نظر: فإن كان في أولاد الصلب ذكر فقد حجب من تحته واستغرق. وإن لم يكن، نظر: فإن لم يكن إلا بنت واحدة فلها النصف.

ثم ينظر في أولاد الابن، فإن كان فيهم ذكر فالباقى لهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن لم يكن ذكر فللواحدة منهن وللعدد السلس تكملة للثلاثين؛ فإن الثلاثين فرض البنات، وقد بقي منه السلس.

أما إذا كان في أولاد الصلب بتان، فلهما الثلثان. ثم ينظر في أولاد الابن، فإن كان فيهم ذكر فباقي المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن لم يكن ذكر فيهن ولا أسفل منهن فلا شيء لهن؛ إذ لم يبق من نصيب البنات شيء، فقد استغرق بنات الصلب جميع الثلاثين.

فإن كان أسفل منهما ابن ابن وإن بعد يعصبها، ويكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

مثاله: بنت، وبنت ابن، وبنت ابن ابن: لبنت الصلب النصف، ولبنت الابن السدس تكملة للثلاثين، ولا شيء لبنت ابن الابن، إلا أن يكون معها أو أسفل منها ذكر يعصبها. بتان من الصلب، وبنت ابن: للبتين الثلثان، ولا شيء لبنت الابن.

بنت، وبنت ابن، وابن ابن ابن: للبت من الصلب النصف، ولبنت الابن السدس تكملة للثلاثين، والباقي لابن ابن الابن، ولا يعصبها هاهنا؛ لأنها أخذت تكملة للثلاثين.

الصف الخامس: الإخوة والأخوات

أما الإخوة من الأم: فللواحد منهم السلس، وللأثنين فصاعداً الثلث لا يزيد حقهم بزيادة العدد، ويتساوى ذكروهم وأنثاهم في قدر الاستحقاق^(١).

(١) أمثلة محلولة على ميراث الإخوة من الأم:

١- ماتت عن:			زوج:		أم:	أخ لأم:
			النصف فرضاً		الثلثان فرضاً	السلس فرضاً
٢- مات عن:			زوجة:	أم:	أخوين لأم:	
			الربع فرضاً	السلس فرضاً	الثلث والباقي يرد على الأم وأخوين لأم بنسبة فرضيهما	
٣- مات عن:			بنت:	أب:	أخ لأم:	
			النصف فرضاً	السلس فرضاً، والباقي تعصيباً	محجوب بالأصل المذكور والفرع الوارث الموثق =	

أما الإخوة من الأب والأم: فحكمهم عند الانفراد كحكم أولاد الصلب من غير فرق.

وأما الإخوة من الأب: فحكمهم أيضًا عند الانفراد كحكم الإخوة من الأب والأم من غير فرق، إلا في مسألة المشرقة.

فإن اجتمع إخوة الأب والأم وإخوة الأب: فحكمهم حكم أولاد الصلب وأولاد الابن إذا اجتمعوا، فالأخ من الأب والأم يسقط أولاد الأب، وللأخت الواحدة من الأب والأم النصف، وللأخت من الأب معها السدس تكملة الثلثين، وكذلك إن كن جمعًا فلهن السدس تكملة الثلثين.

فإن كان في المسألة أختان من الأب والأم فلهما الثلثان، وقد استغرقتا، فلا شيء لأخوات الأب، إلا إذا كان في درجتها ذكر يعصبها فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولا يعصبها من هو أسفل منها، كأولاد الابن، وفي هذا تخالف أولاد الابن، فإن بنت الابن يعصبها من هو أسفل منها.

فرع: ثلاث أخوات متفرقات: للأخت من الأب والأم النصف، وللأخت للأب السدس تكملة الثلثين، وللأخت للأم السدس فرضًا.

ولو كان في المسألة أختان للأب والأم بدل أخت واحدة فلها الثلثان، ولا شيء

٤- مات عن:			
زوج:	أم:	أخ لام:	
الرابع فرضًا	السدس فرضًا	السدس فرضًا	إخوة وأخوات أشقاء: الباقي تعصيًا
٥- ماتت عن:			
زوج:	أم:	أختين لأم:	أخت شقيقة: أخت لأب:
النصف فرضًا	السدس فرضًا	الثلث فرضًا	النصف فرضًا
			السدس تكملة الثلثين
٦- ماتت عن:			
زوج:	أم:	أخوين لأم	أخ شقيق أخت شقيقة
الصف فرضًا	السدس فرضًا	الثلث يشترك فيه الإخوة الثلاثة والأخت الرابعة بالتساوي	
٧- مات عن			
زوج:	جد صحيح:	إخوة لأم:	
النصف فرضًا	الباقي تعصيًا	محجبون بالجد الصحيح	
٨- مات عن:			
أخ لأم	أخت لأم	أخ شقيق:	
	الثلث بالتساوي	الباقي تعصيًا	

للأخت للأب؛ إذ لم يبق تكملة الثلثين، وللأخت للأم السدس؛ فإن ذلك فرض مستقل فى حقها.

فإن قيل: وما مسألة المشتركة التى فيها يفارق إخوة الأب إخوة الأم والأم؟

قلنا: صورتها: زوج، وأم، وأخوان لأم، وأخوان لأم وأب: فلزوج النصف، وللأم السدس، ولإخوة الأم الثلث، فلا يبقى مال^(١).

فالإخوة من جهة الأب والأم يشاركون أولاد الأم فى نصيبهم، ولو كان بدلهم إخوة للأب لسقطوا.

وروقت المسألة فى زمان عمر، رضى الله عنه وأرضاه، فأسقط إخوة الأب والأم، فقال أخ الأب والأم: هب أن أبانا كان حماراً، ألسنا من أم واحدة؟ فشارك عمر، رضى الله عنه، بينهم، وإليه ذهب زيد وعثمان، رضى الله عنهما^(٢). وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يسقطون؛ لأنهم عصبه كأولاد الأب.

ثم للتشريك شرطان: أحدهما: أن يكونوا أولاد الأب والأم، ليقع التشريك بقراءة الأم، فإن كانوا أولاد الأب فلا تشريك.

والثانى: أن يكون ولد الأم زائداً على واحد، فإنه إن كان واحداً فله السدس ويبقى

(١)

ماقت عن:	زوج:	أم:	أخوان لأم:	أخوان لأم وأب:
	النصف فرضاً	السدس فرضاً	الثلث	؟

لم يبق من التركة شيء يرثه الإخوان لأم وأب تعصياً؛ لأن أصحاب الفروض استغرقوا كل التركة؛ فهل يحرم الأشقاء من التركة وهم عصبه، أم يقتسمون الثلث مع إخوة والإخوات لأم؟ خلاف، انظر: مذهب المصنف فى ذلك.

(٢) أخرج أثر تشريك عمر للإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم، البيهقى فى السنن الكبرى (٢٥٥/٦)، (٢٥٦)، الدارقطنى (٨٨/٤)، عبد الرزاق (٢٤٩/١٠)، وفيه: «أن أحدهم قال: يا أمير المؤمنين، هب أن أباهم كان حجراً فى اليم، أليست أمهم واحدة تشرك بينهم فى الإرث؟»، لذا سميت بالمسألة المشتركة، بمعنى المشترك فيها جميع الإخوة فى الثلث، وسميت بالحجرية: نسبة إلى قول بعضهم لعمر: هب أن أباهم كان حجراً فى اليم، وسميت بالعمرية: نسبة إلى عمر، رضى الله عنه، وهذا هو مذهب مالك، والشافعى، رحمهما الله.

وقد ذهب إلى إسقاط العصبه ما لم يبق شيء من التركة بعد نصيب أصحاب الفروض جماعة من الصحابة منهم: ابن عباس، وابن مسعود، وهو مذهب أبى حنيفة، وأحمد، رحمهما الله؛ لأن هذا هو الظاهر من نص الكتاب والسنة.

سدس العصبه، فلا حاجة إلى التشريك.

هذا حكم الإخوة، أما أولادهم: فالإناث منهم لا يرثون، والذكور منهم بمنزلتهم إلا في خمس مسائل:

الأولى: أن ولد إخوة الأم لا يرثون، فليسوا بمنزلتهم. والثانية: أن اثنين من الإخوة يحجبان الأم من الثلث إلى السدس، ولو كان بدلهم أولادهم فلا يحجبون. الثالثة: في مسألة المشتركة لو كان بدل إخوة الأب والأم أولادهم، فلا تشريك في حقهم. الرابعة: الجدة لا يحجب الإخوة، ويحجب بنى الإخوة. الخامسة: الأخ يعصب أخته، وابن الأخ لا يعصب أخته إذ لا ميراث لأخته أصلاً.

فرع: الأخوات من جهة الأب والأم، أو من جهة الأب مع البنات عصبه. أما الأخت من الأم فتسقط بالبنات. فإذا كان في المسألة بنت وأخوات فلها النصف والباقي لهن.

ولو كان بنت وأخت لأب وأم، وأخت لأب، فللبنت النصف والباقي لأخت الأب والأم، وهي عصبه فتسقط أخت الأب.

الباب الثاني: في العصبات

والعصبه: الذي يستغرق المال إذا انفرد، وبأخذ ما بقي من ذوى الفرائض إذا كان معه ذو فرض^(١). قال عليه السلام: «ألقوا الفرائض بأهلها، فما أبقّت الفرائض فلاولى عصبه ذكره^(٢). والعصبه: كل ذكر يدلى إلى الميت بنفسه أو بذكر.

(١) ما ذكره المصنف هو: التعريف الاصطلاحي، أما العصبه لغة: قرابة الرجل لأبيه، سموها عصبته؛ لأنهم عصبوا به، أى أحاطوا به، فالأب طرف، والابن طرف، والأخ جانب والعم جانب، وكل شيء استدار حول شيء فقد عصب به.

ولفظ: «عصبه» مصدرًا، وأرادوا به القرابة المذكورة من جهة الأب وسموها «عصبه نسبية»؛ لأنها آتية من جهة القرابة والنسب، أما القرابة الآتية من جهة العتق فسموها «عصبه سببية»، أى التى سببها العتق، وهى قرابة حكمية فى مقابلة «القرابة الحقيقية»، وهى قرابة النسب.

(٢) الحديث أخرجه عن ابن عباس مرفوعاً (٦٧٣٢)، مسلم (١٦١٥)، الترمذى (٢٠٩٨)، ابن ماجه (٢٧٤٠)، أحمد (٢٩٢/١)، البيهقى (٢٣٤/٦)، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٣٦/١٠، الدارقطنى (٧١/٤)، البغوى فى شرح السنة (٣٢٦/٨)، التبريزى فى مشكاة المصابيح (٣٠٤٢)، السيوطى فى الدر المنثور (٢٥١/٢)، الطبرانى (٢٠/١١)، المتقى فى كنز العمال (٣٠٣٧٤، ٣٠٣٩١).

والمعتق أيضًا والمعتقة من المعصبات^(١)، والأخوات أيضًا مع بنات الصلب أو بنات الابن عصبات كما سبق.

هذا تفصيلهم، أما ترتيبهم: فأولادهم البنون، ثم بنوهم، ثم الآباء، ثم آبائهم وهم الأجداد من قبل الأب، والإخوة في درجة الجدة يقاسمون، إلا إخوة الأم فإنهم يسقطون به، ويسقط بنو الإخوة بالجدة وفاقًا. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يسقط الإخوة أيضًا بالجدة.

ثم ليعلم أن التقدم للأخ من الأب والأم، ثم للأخ من الأب، ثم ابن الأخ من الأب والأم، ثم ابن الأخ من الأب، ثم العم للأب والأم، ثم العم للأب، ثم بنوهم على ترتيبهم، ثم عم الأب للأب والأم، ثم عم الأب للأب، ثم بنوهم على ترتيبهم، ثم عم الجدة على هذا الترتيب إلى حيث ينتهي.

فإن لم يكن واحد من هؤلاء فالمال لمعتق الميت، فإن لم يكن فلعصبات المعتق، فإن لم يكن فلمعتق المعتق، ثم لعصباته، ثم لمعتقه على هذا الترتيب. هذا ترتيبهم، وفيه فروع أربعة:

الأول: ابن الأخ وإن سفل مقدم على العم؛ لأن الجهة هاهنا مقدمة ومختلفة، فلا نظر إلى القرب. وأما ابن الأخ للأب، يقدم على ابن ابن الأخ للأب والأم إذا سفل؛ للقرب، مع أن جهة الأخوة جنس واحد، فإنما يقوم هاهنا بالقوة عند تساوى الدرجة، فليتنبه لهذه الدقيقة.

الثاني: ابنا عم أحدهما أخ لأم، فله بأخوة الأم السلس، والباقي بينهما نصفين، ولا ترجح قرابته فتقدمه، بخلاف الأخ للأب والأم حيث قدم على الأخ للأب؛ لأن القرابة ثم متجانسة فامتزجت فأوجبت ترجيحًا.

والثالث: بنت وابنا عم، أحدهما أخ لأم: النصف للبنت، والباقي بينهما بالسوية، وأخوة الأم سقطت بالبنت. وقال ابن الحداد: المال كله للذي هو أخ لأم؛ لأنه لا يمكن استعمال قرابته في التوريث فيستعمل مرجحًا، وهو ضعيف.

الرابع: في عصبات المعتق: ولا يستحق صاحب فرض بالولاء، فلا مدخل لأنثى فيه إلا إذا كانت معتقة، وإنما يستحق بالولاء الذكور كما سبق في العصبات. فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه، فالمال للابن؛ لأن العسوية له هاهنا.

(١) سبق بيان أن المعتق والمعتقة من العصبات السببية لا النسبية.

والأخ للأب والأم يقدم على الأخ للأب، وإن لم تؤثر الأمومة هاهنا، ولكن تصلح للترجيح. ومن الأصحاب من طرد قولين، كما فى التقديم فى ولاية النكاح. ولو اجتمع الجد والأخ، فقولان:

أحدهما: الأخ أولى؛ لأن إدلاءه بالبنوة، وهى أقوى من العصوبة، والولاء يدور على محض العصوبة. والثانى: أنهما يستويان؛ لاستوائهما فى القرب والعصوبة. فعلى هذا يقدم الجد على ابن الأخ، وعلى الأول يقدم ابن الأخ على الجد؛ لقوة البنوة.

فإن قيل: وما طريق مقاسمة الجد والإخوة فى الوراثة بالنسب؟. قلنا: مذهب الشافعى، رضى الله عنه، أنه إذا لم يكن معهما ذو فرض جعل الجد كأحد الإخوة، ويقسم المال عليه وعلى الإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين، مادام الثلث لا ينقص بالقسمة، كما إذا كان معه أخ، أو أخوان، أو أخ وأخت، أو أخ وأختان، أو أربع أخوات.

فأما إذا نقص الثلث بأن كانوا أكثر من هذا ويسلم إليه الثلث كاملاً، وقسم الباقي على الإخوة للأب والأم.

وإن كان معه ذو فرض، أعطى صاحب الفرض سهمه، فإن لم يبق شيء فرض للجد السدس واعتلت المسألة.

وإن بقى سلس سلم إليه، وإن بقى أقل من السلس اعتلت المسألة وسلم له السدس. وإن كان الباقي أكثر من السلس، قسم المال وسلم إلى الجد إما ثلث ما يبقى بعد سهم ذوى الفروض، أو سلس جميع المال، أو ما ينقصه بالقسمة، أيها كان خيراً له من الأقسام الثلاثة خص به.

مسأله: مع الجد زوج وأخ؛ للزوج النصف، والباقي بينهما نصفين؛ لأنه خير من السلس وثلث ما يبقى.

فلو كانا أخوين استوى القسمة وسلس الجملة وثلث ما يبقى. فلو كانوا ثلاثة استوى السلس وثلث ما يبقى، وهما خير من القسمة، فله السلس وهو ثلث ما يبقى.

[مسألة^(١): زوج وأم وأخ مع الجد: للزوج النصف، ولأم الثلث، ولا يبقى إلا سلس، فهو للجد وسقط الأخ.

(١) ما بين المعقوفين زيادة منا.

ولو كان بدل الأخ أخت: فظاهر القياس أنها تسقط أيضاً؛ لأنها عصبية مع الجد كالأخ.

والصحيح من مذهب زيد: أنه يفرض لها النصف؛ لأن الجد صاحب فرض الآن، فهي أيضاً تنقلب إلى فرضها، ثم يقسم مجموع حصتها للذكر مثل حظ الأنثيين.

وأما الأخ فليس له حال فرضية، وإسقاط الأخت أيضاً نقل عن زيد في رواية.

[مسألة^(١): زوج وبنت وأم وإخوة مع الجد: للبنات النصف، وللأم السدس، وللزوج الربع ويبقى نصف سدس، فتعال المسألة حتى يتم السدس للجد، وتسقط الإخوة.

هذا كله حكمه مع إخوة الأب والأم وجدهم. فإن كان معه أخوة الأم فهم مسقطون. وإن كان معه إخوة الأب وجدهم، فهم عند عدمهم بمنزلتهم، أعنى بمنزلة إخوة الأب والأم. فأما إذا اجتمع معه إخوة الأب والأم، وإخوة الأب، فيجعل الجد كواحد منهم، ويعد إخوة للأم عليه.

والحكم ما سبق بعينه، ولا يتغير حكم الجد معهم هاهنا، وإنما الذي يتجدد أن إخوة الأب يدخلون أيضاً عليه في الحساب وما يخصهم لا يبقى عليهم، بل يسترد منهم أولاد الأب والأم، إما على الكمال إن كان فيهم ذكر، أو ما يكمل به النصيب إن تمحض الإناث فيهن، أعنى إخوة الأب والأم.

وعلته: أن سقوطهم بإخوة الأب والأم، فلا يظهر فائدته إلا في حقهم، أما في حق الجد فلا يظهر مثاله إذا لم يكن ذو فرض.

[مسألة: أخ لأب وأم، وأخ لأب مع الجد: فالثلث والقسمة سيان، فله الثلث؛ والباقي لأخ الأب والأم، ويسقط أخ الأب به، وإن دخل في حساب القسمة.

وإن كان بدل الأخ للأب أخت لأب، فالقسمة خير؛ إذ يصح المسألة من خمسة، ويخص الجد منها سهمان، فيبقى ثلاثة أسهم، فتستقر على الأخ من الأب والأم.

[مسألة: أخت لأب وأم، وأخ لأب مع الجد: فالمسألة من خمسة، والقسمة خير للجد، فإن له سهمين، يبقى ثلاثة: واحدة لها، واثنان للأخ من الأب، فيسترد منه ما يكمل لها النصف ويبقى الباقي للأخ من الأب.

[مسألة]: أختان لأب وأم، وأخت لأب مع الجدة: فالمسألة من خمسة، ويخص الأختين سهمان، وهو ناقص عن الثلثين، فيسترد ما في يد الأخت للأب، فلا يكمل الثلثين، فيقتصر على استرداد ذلك.

أما إذا كان في صورة المعادة صاحب فرض، فيقدم صاحب الفرض كما سبق في غير صورة المعادة على ذلك التفصيل، ويعتبر بالباقي القسمة، أو ثلث ما يبقى، أو السدس، فأى ذلك كان خيراً خص الجدة به.

فإن كان الخير في القسمة روعى في المعادة ما ذكرناه من حرمان أولاد الأب إن كان في أولاد الأب والأم ذكر، واسترداد ما يكمل به نصيب الإناث إن لم يكن فيهن ذكر.

الباب الثالث: في الحجب^(١)

فنعود إلى عد الأصناف المذكورين في الباب الأول، ونقول: أما الزوج والزوجة: فلا يحجبان بوارث؛ لأنهما يدلان بأنفسهما.

وأما الأم: فلا تحجب أيضاً. والجدة تحجبها الأم، فلا ترث مع الأم جدة. وأم الأب يحجبها الأب. وكذلك القربى من كل جهة من الجدات تحجب البعدى من تلك الجهة. والقربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب. والقربى من جهة الأب، هل تحجب البعدى من جهة الأم؟

فيه قولان، أظهرهما: أنها لا تحجب، بل تشارك؛ لقوة جدودة الأم. وأما الأب: فلا يحجبه أحد. والجدة لا يحجبه إلا الأب. هذا حكم من يدلى من جهة العلو، أما من يدلى من جهة السفلى: فالابن والبنت لا يحجبان. فأما ابن الابن: فلا يحجبه إلا الابن.

وبنت الابن يحجبها الابن وابنتان فصاعداً من بنات الصلب، وكذا الترتيب فيمن سفل منهم على اختلاف درجاتهم.

وأما المدلون على الأطراف: فالأخ للأب والأم يحجبه ثلاث: الأب، والابن، وابن الابن. وكذا الأخت للأب والأم.

وأما الأخ للأب يحجبه هؤلاء الثلاثة، والأخ للأب والأم. وأما الأخت للأب: يحجبها هؤلاء الأربع، واثنان فصاعداً من الأخوات للأب والأم.

(١) الحَجْبُ: المنع، والحجب شرعاً: منع الشخص عن ميراثه، إما كله وإما بعضه بوجود شخص آخر، وهو نوعان: حجب نقصان: وهو حجب عن سهم أكثر إلى سهم أقل. وحجب حرمان: وهو منع من الإرث كله فلا ينال شيء منه، انظر: المعجم الوسيط (١/١٥٦).

وأما الأخ للأم: فيحجبه ستة: الأب، والجد، والابن، والبنات، وابن الابن، وبنات الابن.

وأما العم: فيحجبه من يحجب الأخ للأب والأم والأخ للأب، كذا بنو الإخوة، وقد نهينا على تريب العصابات من قبل، فلا حاجة إلى الإعادة.

فروع: الأول: أن من لا يرث كالقاتل والكافر والرقيق لا يحجب. ويستثنى عن هذا مسألة، وهي: أبوان وأخوان.

فإن الأخوين يسقطان بالأب، ويحجبان الأم من الثلث إلى السدس؛ لأن سقوطهما بالأب لا بالأم، فيرجع فائدتهما إلى الأب لا إلى الأم.

ومثله: جدتان، إحداهما أم الأب، والأخرى أم الأم ومعهما الأب: فلأم الأم السدس، ولا يقال: إن أم الأب تشارك لولا الأب، وإنما سقوطها بالأب، فترجع الفائدة إليه؛ لأن استحقاقهما بالفرضية، فلا يناسب استحقاق الأب، وهو بالعصوبة.

وأما الأخ والأب في تلك الصورة، كلاهما يرثان بالعصوبة، فأمكن رد الفائدة إليه. ومن أصحابنا من طرد القياس وقال: ليس لأم الأم إلا نصف السدس.

الثاني: مهما اجتمعت قرابتان من قرابة المحوس على وجه، لا يجوز الجمع بينهما في الإسلام، سواء حصل بنكاح المحوس أو بالوطء بالشبهة.

فلا يرث بهما عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، بل يرث بأقواهما، ويصرف الأقوى بأمرين:

أحدهما: أن تكون إحداهما مسقطاً للأخرى، كبنات هي أخت لأم، ترث بالبنوة وتسقط أخت الأم.

الثاني: أن يقل حجاب إحدیهما، كأخت لأب هي أم الأم، ترث بالجدودة؛ لأنها أثبت؛ إذ لا تسقط إلا بالأم فقط، والأخت تسقط بثلاث: بالأب، والابن، وابن الابن.

فإذا تزوج المحوسى بابنته فأولد بنتاً، فمات المحوسى، فقد خلف بنتين: إحداهما زوجته، فلا شيء لها بالزوجية؛ فإنها فاسدة، والأخرى بنت بنت، ولا تورث بهما، فلهما الثلثان بالبنوة.

فلو ماتت العليا بعد موت الواطئ فقد خلفت بنتاً هي أخت لأب، فلهما بالبنوة النصف.

وفى الباب عن أسامة بن زيد مرفوعاً بلفظ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»، أخرجه: البخارى (١٩٤/٨)، مسلم (الفرائض ١)، الترمذى (٢١٠٧)، أبو داود (٢٩٠٩)، ابن ماجه (٢٨٢٩)، أحمد (٢٧٧٣٠، ٢٠٠/٥، ٢٠٨، ٢٠٩)، الدارمى (٣٧٠/٢، ٣٧١)، البيهقى =

كاملة الواحدة. وفي هذا المعنى قال الله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرين: ٦].
 فرعان: أحدهما: الذمي هل يرث من الحربى؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لاتحاد الدين. والثاني: لا؛ لأن حكمتنا لا يجرى على أهل الحرب،
 والتوريث حكم شرعى. وأما المعاهد: فهو فى حكم الذمي؛ لأمانه.

وقال ابن سريج: قياس قول الشافعى، رضى الله عنه، أنه فى حكم الحربى؛ لأنه لم
 يستوطئ دارنا، والصحيح الأول.

الثاني: المرتد لا يرث، ولا يرثه لا قريبه الكافر، ولا قريبه المسلم، ولا قريبه المرتد، بل
 ماله فىء. ولا فرق بين ما اكتسب بعد الردة وبين ما اكتسبه قبله. والزنديق^(١) حكمه
 حكم المرتد. هذا إذا قتل أو مات، فإن عاد إلى الإسلام استقر ملكه.

المانع الثاني: الرقيق

وهو لا يرث ولا يورث، سواء كان قنًا أو أم ولد، أو مكاتبًا؛ لأنه لا يملك، ومن
 يراه أهلاً للملك على قول، فهو ملك بإذن السيد لا قرار له، ولا مدخل للإذن فى
 الميراث.

فروع: من نصفه حر ونصفه رقيق لا يرث.

وإذا مات، فهل ترثه أقاربه؟ قال فى القديم: لا يرث، كما لا يورث. وقال فى
 الجليد: يورث؛ لأنه تحقق الملك، والقريب أولى الناس به. فإن قلنا: لا يورث، فماله
 للسيد، أو لبيت المال، أو أيهما أولى به؟ فيه خلاف.

= (٢١٧/٦، ٢١٨)، الحاكم (٣٤٥/٤)، عبد الرزاق (٩٨٥٢)، الشافعى (٢٣٥). ابن أبى شيبة
 (٣٧٣/١١)، وللحديث ألفاظ كثيرة بنفس المراجع التى ذكرناها.

(٢) اللائق بالسياق هو أن توضع «واو» بين «النصارى» و«المجوس» لإتمام المعنى.

(١) [الزُّنْدَقَةُ]: مذهب القائلين بدوام النهر من أصحاب زرادشت، والزنديق: من يؤمن بالزندقة،
 معرب [زنده كرد] جمع زناديق وزنادقة. انظر المعجم الوسيط (٤٠٣/١).

وزرادشت هو: زرادشت بن بورشب الذى ظهر فى زمان كشتاسف بن لهراسب الملك، وأبوه
 كان من أذربيجان، وأمه من الرى، زعم أصحابه فى خلقه أساطير ولهم ديانة تدعو إلى عبادة
 الله والكفر بالشيطان، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، واجتناب الخبائث ولهم فى ذلك
 أمور فصلها الشهرستانى فى الملل والنحل (٦٢/٢)، بهامش الفصل.

المانع الثالث: القتل

قال عليه السلام: «ليس للقاتل من الميراث شيء»^(١). والقتل قسمان: مضمون، وغير مضمون.

أما المضمون: فيوجب الحرمان، سواء ضمن بالدية، أو الكفارة، أو القصاص، وسواء كان عمداً، أو خطأ بسبب كحفر البئر، أو بمباشرة من مكلف أو مجنون أو صبي. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يحرم الصبي ولا من قتل بحفر البئر. فأما الذى ليس بمضمون: كالقتل المستحق حداً لله تعالى.

فالإمام إذا قتل حداً، ففى حرمانه ثلاثة أقوال: أحدها: المنع؛ لعموم الحديث. والثانى: أنه لا يحرم؛ لأن المفهوم السابق من اللفظ قتل بغير حق، ولأن الإمام كالنائب، والقاتل هو الله، عز وجل. والثالث: أنه إن ثبت بإقراره فلا حرمان؛ إذ لا تهمة. وإن ثبت ببينة فرمما يتطرق تهمة إلى القاضى فيه.

أما المستحق الذى يجوز تركه، كالقتل قصاصاً، ودفع الصائل، وقتل العادل الباغى، فيه خلاف مرتب، وأولى بالحرمان؛ لأنه مختار فيه، وقد قتل لنفسه. والمكره محروم؛ لأنه آثم، وإن قلنا: إن الضمان على المكره، وفيه وجه على هذا القول.

المانع الرابع: استبهاهم تاريخ الموت

فإذا مات جماعة من الأقارب تحت هدم أو غرق أو فى سفر، واستبهاهم المتقدم

(١) الحديث بهذا اللفظ، أخرجه: البيهقي (٢٢٠/٦)، الدارقطني (٢٣٧/٤)، المتقى فى كثر العمال (٣٠٤٢٣)، السيوطى فى الدر المنثور (١٢٨/٢)، ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٢٩٣/١)، إرواء الغليل (١١٧/٦)، عن عمرو بن شعيب، قال الشوكاني: أحله الدارقطني، وقواه ابن عبد البر، وعن عمر مرفوعاً: «ليس لقاتل ميراث»، أخرجه: ابن ماجه (٢٦٤٦)، الدارقطني (٢٣٧/٤)، ابن أبى شيبة (٣٥٨/١١)، الألبانى فى إرواء الغليل (١١٦/٦). قال الشوكاني: منقطع.

وعن ابن عباس مرفوعاً، بلفظ: «لا يرث القاتل شيئاً»، أخرجه أبو داود (الديات ب ٢١)، البيهقي (١٨٧/٨)، ابن حجر فى تلخيص الخبير (٨٥/٣)، قال الشوكاني: وفى إسناده كثير ابن مسلم وهو ضعيف.

وعن ابن عباس أيضاً، بلفظ: «من قتل قتيلاً فإنه لا وإن لم يكن له وارث»، وفى لفظ: «وإن كان والده أو ولده»، أخرجه: المتقى الهندى (٣٠٤٣٢)، الألبانى فى إرواء الغليل (١١٩/٦)، قال الشوكاني: فى إسناده عمرو بن بريق وهو ضعيف، وفى الباب أحاديث أخر، انظر: نيل الأوطار (٧٥/٦).

والتأخر، فيقدر في حق كل واحد منهم كأنه لم يخلف الآخرين فلا يتوارثون، ويوزع مال كل واحد منهم على من هو حى من جملة الأقارب؛ إذ ليس التقدم بأولى من التأخر.

وكذلك إذا علمنا أنهم تلاحقوا في الموت ولكن لم نطلع على الترتيب؛ وكذلك لو اطلعنا ولكن نسيناه.

وفي هذه الصور الأخيرة احتمال، وقد ذكرنا فى مثل هذه الصور فى النكاحين والجمعتين خلافاً؛ لأن إعادة الجمعة وفسخ النكاح له وجه، وهاهنا لا حيلة فيه، ولا معنى للتوقف أبداً.

المانع الخامس: اللعان

فإنه يقطع ميراث الولد، وكان هذا ليس مانعاً، بل هو دافع للنسب، إلا أنه يقتصر أثره على الأب ومن يدلى به.

أما الأم: فالولد يرثها وهى ترث الولد، ولها من ماله الثلث. وقال ابن مسعود: أمه عصبه، فلها الجميع. ولو نفى توأمين، فهل يرث أحدهما الآخر بالعصوبة؟ المذهب: أنه لا يرث؛ لأنه لا يدلى إلا بقرابة الأمومة، أما الأبوة فقد انتفت، فهو أخ لأم فقط.

وقال مالك، رحمه الله: هو عصبه، والأبوة انتفت فى حق الأب بحجة ضرورة. وهو وجه لأصحابنا بعيد. وإذا ولدت المرأة من الزنا، فهى ترثه، والولد يرثها، والتوأمين يتوارثان بأخوة الأم. ومن ينسب إلى الزنا فلا أبوة له ولا ميراث.

المانع السادس: الشك فى الاستحقاق

وسببه أربعة أمور:

الأول: التردد فى الوجود: وذلك فى المفقود، والأسير الذى انقطع خبره، فلا يرث عنه أحد ما لم تقم بينة على موته، أو لم غمض مدة يقضى الحاكم فى مثلها بأن ذلك الشخص لا يحيا أكثر من ذلك، وتعتبر المدة من وقت ولادة المفقود، لا من وقت غيبته.

فإذا قضى بموته، ورثه أقاربه الموجودون وقت الحكم لا وقت الغيبة؟ فأما ميراثه من الحاضرين، فيجب التوقف فى نصيبه إذا مات له قريب، فإن حكم القاضى بموته بعد ذلك، فيقدر كأنه لم يكن موجوداً عند موت قريبه، ويصرف الموقوف إلى الورثة

الموجودين من حال موت قريب المفقود.

وأما الحاضرون: فإن كان المفقود ممن يتصور حجب الحاضر به، فلا يصرف إليهم شيء، وإن تصور أن يحجب عن البعض فيتوقف في قدر الاحتمال، ولا يصرف إليهم إلا المستيقن، ونأخذ بأسوأ الأحوال في حق كل واحد.

فإن كان النقصان في تقدير الحياة قدرناها، وإن كان في تقدير الموت قدرنا الموت، حتى إذا خلفت المرأة زوجاً وأختين لأب حاضرتين، وأخاً لأب مفقوداً، فإن كان الأخ ميتاً فللزوجة النصف، وللأختين الثلثان، والمسألة تعول إلى سبعة من ستة.

وإن كان حياً فللزوجة نصف غير عائل، والربع للأختين، فلا يصرف إلى الزوج إلا ثلاثة أسباع المال، وهو النصف العائل، ويقدر موت المفقود في حقه؛ لأنه أسوأ الأحوال، وللأختين الربع على تقدير الحياة، فإنه الأسوأ، والباقي موقوف إلى البيان.

ومن أصحابنا من قال: تقدر الحياة في حق كل واحد منهم في الحال، فإن ظهر نقيضه غيرنا الحكم.

ومنهم من قال: نأخذ بالموت؛ لأن استحقاق هؤلاء مستيقن، فإن ظهر نقيضه غيرنا الحكم.

وهذان وجهان متقابلان؛ إذ يقابل الأخير قول الأول: إن الأصل بقاء الحياة، فالصحيح التوقف عند الإشكال.

السبب الثاني: الشك في النسب: حيث يحتاج إلى القائف، فحكمه في مدة الإشكال حكم المفقود، فنأخذ بأسوأ الأحوال في حق الجميع.

السبب الثالث: الشك بسبب الحمل: فإن الحمل يرث بشرطين:

أحدهما: أن يتفصل حياً، فلو انفصل ميتاً ولو بجنابة جان، كان كما لو انعدم من أصله. والثاني: أن يكون موجوداً عند الموت، وهو أن يؤتى به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت، فإن كان لأكثر من أربع سنين فلا يرث، وإن كان بين الملتين ورث؛ لأن النسب يثبت، والإرث يتبع النسب.

ولو انفصل الجنين وصرخ ثم مات، ورث. وكذا إذا فتح الطرف، وامتنص الشدى، وأمارات الحياة ظاهرة.

ولو تحرك، فإن كان من قبيل اختلاج وتقلص عصب وعضلة فلا أثر له، وإن كان

اختيارياً، كقبض الأصابع وبسطها، فهو دليل الحياة، وإن تردد بين الجهتين فقولان:

أحدهما: لا يرث؛ لعدم اليقين. والثاني: يرث؛ اعتماداً على غالب الظن بالعلامة.

ولو برز نصف الجنين وصرخ ثم مات، وانفصل، ففيه وجهان محتملان. هذا إذا انفصل، فأما قبل الانفصال، فهو وقت الإشكال فيقدر أضر الأحوال على بقية الورثة، وأقصى الممكن تقديرًا أربعة من الأولاد في البطن، والأنوثة والذكورة محتملة فتقدر ما هو الأضر بكل حال.

مثاله: مات رجل وخلف امرأة حاملاً وأخاً؛ لا شيء للأخ في الحال؛ لاحتمال أن الحمل ذكر فيجب

ولو خلف أبوين وامرأة حاملاً: أعطى كل واحد من الأبوين السدس، عائلاً من سبعة وعشرين؛ لاحتمال أن يكون الحمل بنتين، فنقول: المسألة من أربع وعشرين إلى سبعة وعشرين، يكون للأم أربعة، وللأب أربعة، وللمرأة ثلاثة، ولكل واحد من البنيتين ثمانية. فهذا أضر التقديرات، فنقدره في الحال.

فإن قيل: وهل يتسلط الحاضرون على ما سلم إليهم؟ قلنا: قال القفال: لا؛ إذ لا تصح القسمة عن الحمل إلا بالقاضى، وليس للقاضى التصرف في مال الأجنة بخلاف الغائبين.

والصحيح: أنهم يتسلطون، وأنه يجب على القاضى أن ينوب في القسمة؛ كيلا تتعطل الحقوق.

فإن قيل: فلو ادعت المرأة الحمل، فربما تكون معاندة، فكيف ينتظر بقولها أربع سنين؟ قلنا: إن ظهر تخايل الحمل، أو كانت قريبة العهد بوطء يحتمل العلوق فلا بد من التوقف.

وإن لم يظهر مثل هذه العلامات فالمسألة محتملة، والأولى الاعتماد عليها؛ فإنها أعلم بالعلامات الخفية، وهى مؤتمنة فى رحمها.

السبب الرابع: الحنونة: الحننى: مشكل الذكورة والأنوثة. وقال بعض أهل العلم: لا يرث؛ لأنه ليس بذكر ولا أنثى، وليس فى الكتاب إلا ميراث الذكور والإناث. وقيل أيضاً: يأخذ نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى.

وإنما مذهب الشافعى، رضى الله عنه، أنه إما ذكر، وإما أنثى، وهو مشكل. فيأخذ

فى الحال بأضر التقديرات إلى البيان، كما فى الحمل والمفقود.

مسألة: إذا مات وخلف أخاً لأب وولداً ختني: فلا شيء للأخ؛ لاحتمال أنه ابن، للختني النصف فى الحال؛ لأنه أضر أحواله.

ولو كانا ولدين ختئين، فلهما الثلثان فى الحال؛ لأنه الأضر، والباقي موقوف بينهما وبين الأخ إلى البيان والاصطلاح منهم على شيء.

ولو كانوا ثلاثة ختاني، يدفع إلى كل واحد خمس المال فى الحال؛ لاحتمال أنه أنثى وصاحبه ذكران، ويوقف بين الختاني ما بين ثلاثة أحماس إلى تمام الثلثين لا حق فيه للأخ، ويوقف الثلث الباقي بينهم وبين الأخ.

الباب الخامس: فى حساب الفرائض

وفيه فصول:

الفصل الأول

فى مقدرات الفرائض ومستحقها ومخارجها وعولها

أما المقدرات: ستة: النصف، ونصفه وهو الربع ونصف نصفه وهو الثمن، والثلثان، ونصفهما وهو الثلث، ونصف نصفهما وهو السدس.

أما مستحقوها: فالنصف، فرض خمسة: الزوج فى حالة، والبنت، وبنت الابن، والأخت للأب والأم، والأخت للأب على ما سبق.

والربع: فرض الزوج فى حالة، والزوجة فى حالة، والثمن: فرض الزوجة فقط.

والثلثان، فرض أربعة: بنتي الصلب، وبنتي الابن، والأختين للأب والأم، والأختين للأب، والثلث، فرض اثنتين: فرض الأم فى حالة، وأولاد الأم إذا زادوا على واحد.

والسدس، فرض سبعة: الأم، والأب، والجد، والجدة، وبنت الابن تكملة الثلثين، والأخت للأب تكملة الثلثين، والواحد من أولاد الأم.

أما مخارج هذه المقدرات سبعة: فإن كانوا عصبات، فالمسألة من عدد رؤوسهم، وإن كان فيهم إناث فيقدر كل ذكر مكان اثنين. وإن كان فى المسألة أصحاب السهام، فالمخارج سبعة: اثنان، وثلاثة، وأربعة، وستة، وثمانية، واثنان عشر، وأربعة وعشرون. وكل فريضة احتجت فيها إلى نصفين، أو إلى نصف وما بقى فهو من اثنين. وإن احتجت إلى ثلث وما بقى، أو إلى ثلثين وما بقى، أو إلى ثلث وثلثين فأصلها من ثلاثة.

وإن احتجت إلى ربع وما بقي، أو إلى ربع ونصف وما بقي، فمن أربعة. وإن احتجت إلى سلس وما بقي، أو إلى سلس وثلاث، أو سلس ونصف، أو سلس وثلثين فمن ستة.

وإن احتجت إلى ثمن وما بقي، أو ثمن ونصف وما بقي فمن ثمانية. وإن احتجت إلى سلس وربع، فمن اثني عشر. وإن احتجت إلى ثمن وسلس، أو ثمن وثلثين فمن أربع وعشرين.

وزاد زائدون على الأصول السبعة ثمانية عشر، وستا وثلثين، وهذا يحتاج إليه في مسائل الجلد إذا افتقر إلى مقدر، وثلث ما يبقى بعد المقدر.

فأما عَوْلُ^(١) هذه الأصول:

فلا يدخل العول إلا على ثلاثة من الأصول السبعة، وهي: الستة، والاثنا عشر، والأربع والعشرون. ولا يوجد العول في الباقي^(٢).

فالستة تعول بسدسها إلى سبعة^(٣)، وبثلثها إلى ثمانية^(٤)، وبنصفها إلى تسعة^(٥)،

(١) [العَوْلُ]: زيادة الأنصاء على الفريضة فنقص قيمتها بقدر الحصص، انظر: المعجم الوسيط (٦٣٧/١).

فالعول: يكون في المسائل التي يزدحم فيها أصحاب الفروض، فتزيد سهامهم على أصل المسألة، ولا يتسع المال كله للوفاء بكل فرض كاملاً، فحينئذ تنقص مقادير الأنصاء في التركة بنسبة الزيادة في عدد السهام حتى يدخل النقص على الجميع بنسبة واحدة.

(٢) أصول المسائل الباقية التي لا تعول هي: ٢، ٣، ٤، ٨.

(٣) مثال:

زوج	أخت شقيقة	أخت لأم	أصل المسألة
النصف	النصف	السلس	٦
٣	٣	١	عالت المسألة إلى ٧

(٤) مثال:

زوج	أختان لأب	أم	أصل المسألة
النصف	الثلاثان	السلس	٦
٣	٤	١	عالت إلى ٨

(٥) مثال:

زوج	أختان شقيقتان	أختان لأم	أصل المسألة
النصف	الثلاثان	الثلاث	٦
٣	٤	٢	عالت إلى ٩

وبثلثيها إلى عشرة^(١)، ولا يزيد عليه.

والاثنا عشر تعول بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر^(٢)، وبربعها إلى خمسة عشر^(٣)، وبربعها وسدسها إلى سبعة عشر^(٤)، ولا تعول إلى الشفع، وهو أربعة عشر وستة عشر ولا تزيد عليه. وأما الأربع وعشرون فيعول بثمانها إلى سبعة وعشرين^(٥).

فإذا خلف الميت زوجًا وأختين، فتعول من الستة إلى سبعة: للزوج ثلاثة، وللأختين أربعة. أما الأربع والعشرون فلا تعول إلا إلى سبعة وعشرين فقط.

والعول عبارة عن المرفع، ومعناه رفع الحساب، حتى يدخل النقصان على الكل على نسبة الواحد لما ضاق المال عن الوفاة بالمقدرات^(٦).

وقد اتفقت الصحابة في عهد عمر، رضى الله عنه، على العول، وإليه أشار ابن عباس، رضى الله عنه، فلما توفي عمر خالف وقال: من شاء بأهله. أن الذى أحصى

(١) مثال:

زوج	أختان شقيقتان	أختان لأم	أم	أصل المسألة
النصف	الثلاثان	الثلاث	السلس	٦
٣	٤	٢	١	عالت إلى ١٠

(٢) مثال:

زوج	أختان شقيقتان	أخت لأم	أصل المسألة
الربع	الثلاثان	السلس	١٢
٣	٨	٢	عالت إلى ١٣

(٣) مثال:

الزوج	أختان شقيقتان	أختان لأم	أصل المسألة
الربع	الثلاثان	الثلاث	١٢
٣	٨	٤	عالت إلى ١٥

(٤) مثال:

زوجة	أختان شقيقتان	أعوان لأم	أم	أصل المسألة
الربع	الثلاثان	الثلاث	السلس	١٢
٣	٨	٤	٢	عالت إلى ١٧

(٥) مثال:

زوجة	بتان	أم	أب	أصل المسألة
الثلث	الثلاثان	السلس	السلس	٢٤
٣	١٦	٤	٤	عالت إلى ٢٧

(٦) هذا التعريف للعول كان لابد من تقديمه إذ لا معنى لتأخيرها بعد سرد مسائله.

رَمَلَ عَالِجٍ عَدَدًا لَمْ يَجْعَلْ فِي الْمَالِ نَصْفًا وَثَلْثِينَ. فَقِيلَ: هَلَا قَلْتَ ذَلِكَ فِي عَهْدِ عَمْرِ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؟ فَقَالَ: كَانَ رَجُلًا مَهِيئًا فَهَيْئَتُهُ^(١).

الفصل الثاني: في طريق تصحيح الحساب

وتقدم عليه مقدمة: وهو أن كل عددتين فينسب أحدهما إلى الآخر، إما بالتداخل،
أو بالتوافق، أو بالتباين. ومعنى التباين: انتفاء الموافقة والمداخلة.

والتداخلان: كل عددتين مختلفتين أقلهما هو جزء من الأكثر ولا يزيد على نصفه،
كالثلاثة من التسعة فإنها ثلثها، والخمسة من العشرة فإنها نصفها، والاثني من الثمانية
فإنها ربعها^(٢).

والموافقان: كل عددتين مختلفتين لا يدخل الأقل في الأكثر، ولكن يغنيهما جميعاً عدد
آخر أكبر من الواحد، كالسبعة والعشرة يغنيهما جميعاً الاثنان، فهما موافقان بالنصف،
والتسعة مع خمسة عشر تغنيها جميعاً الثلاثة، فهما موافقان بالثلث^(٣).

(١) أخرج هذا الأثر: البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٣/٦)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٨٩/٣).
(٢) مثال المتداخل:

٨ بنات	أم	أب	أصل المسألة
الثلثان ٤	السلس ١	السلس + الباقي ولا يوجد ١	٦

فسهام البنات أربعة، وبينها وبين عدد رءوسهن تداخل، فنقسم عدد الرءوس وهو ٨ على عدد
السهم وهو ٤ = ٢ نضربه في السهام المنكسرة، وفي سهام كل وارث، وفي أصل المسألة
فتصير المسألة بعد التصحيح كالآتي:

$$\text{أصل المسألة} = ٦ \times ٢ = ١٢$$

$$\text{سهام البنات} = ٤ \times ٢ = ٨ \text{ لكل بنت سهم واحد.}$$

$$\text{سهام الأم} = ١ \times ٢ = ٢$$

$$\text{سهام الأب} = ١ \times ٢ = ٢$$

(٣) مثال: المتوافقان:

٦ بنات	أم	أب	أصل المسألة
الثلثان ٤	السلس ١	السلس + الباقي ولا يوجد ١	٦

فسهام البنات أربعة، وبينها وبين عدد الرءوس توافق، فنأتي بالقاسم المشترك بين ٤ وهو ٢
نقسم عدد الرءوس وهو ٦ على القاسم المشترك وهو ٢ = ٣ نضربه في سهام البنات، وفي
سهام كل وارث، وفي أصل المسألة فتصير المسألة بعد التصحيح كالآتي:

والمتباينان: ما ليس بينهما موافقة ولا مداخله^(١). فإذا أردت أن تعرف المداخله والموافقة فأسقط الأقل من الأكثر مرتين أو أكثر على حسب الإمكان، فإن فنى به فهما متدخلان.

فإذا سقطت مرة فبقى شيء، أو مراراً فبقى شيء فلا مداخله. فاطلب الآن الموافقة، وطريقه:

أن تسقط الباقي من العدد الأقل مراراً على حسب الإمكان، فإن بقي شيء فأسقط تلك البقية من الباقي من الأول مراراً، فلا تزال تفعل ذلك إلى أن يفنى، فإن فنيا بالواحد فهما متباينان، وإن فنيا بعدد فهما متوافقان بالجزء المشتق من ذلك العدد.

فإن فنيا باثنين فبالنصف، أو بثلاثة فبالثلث، أو بتسعة فبالتسع، أو بأحد عشر فبحزء من أحد عشر جزءاً، وعلى هذا القياس.

مثاله: إذا أردت أن تعرف نسبة سبعة من ثمانية وعشرين، فأسقط السبعة منه مراراً فتفنى بأربع مرات فهما متداخلان.

فإن أردت أن تعرف اثني عشر من اثنين وعشرين، فتسقط مرة، فلا يبقى إلا عشرة، فلا مداخله، فأسقط الآن العشرة من اثني عشر فيبقى اثنان، فأسقط الاثنين من العشرة، فيفنى به، فهما متوافقان بالنصف أعني اثني عشر واثنين وعشرين.

$$= \text{أصل المسألة} = 3 \times 6 = 18.$$

$$\text{سهام البنات} = 3 \times 4 = 12 \text{ لكل بنت سهمان.}$$

$$\text{سهام الأم} = 3 \times 1 = 3$$

$$\text{سهام الأب} = 3 \times 1 = 3$$

(١) مثال للمتباينان:

٥ بنات	أم	أب	أصل المسألة
الثلثان	السدس	السدس + الباقي ولا يوجد	٦
٤	١	١	

ترى هنا أن بين نصيب البنات وهو (٤) سهام وعدد رعوس البنات وهو (٥) تباين، لا هما متدخلان ولا هما متوافقان كما سبق، ففي هذه الحالة نضرب عدد رعوس البنات في سهامهن، وفي سهام كل وارث، وفي أصل المسألة فتصير المسألة بعد التصحيح كالآتي:

$$\text{أصل المسألة} = 6 \times 5 = 30.$$

$$\text{سهام البنات} = 5 \times 4 = 20 \text{ لكل بنت ٤ سهام.}$$

$$\text{سهام الأم} = 5 \times 1 = 5.$$

$$\text{سهام الأب} = 5 \times 1 = 5.$$

وإن أردت أن تعرف ثلاثة عشر من ثلاثين، فتسقط منه مرتين فيبقى أربعة فتسقط من ثلاثة عشر ثلاث مرات فيبقى واحد، فتسقط من الأربعة أربع مرات فتبقى به، فهما متباينان، وإذا فنيا بالواحد رجعنا إلى المقصود.

فإذا عرفت أصل المسألة بعولها، فانظر: فإن انقسم على الورثة ولم ينكسر فقد صحت المسألة من أصلها، وإن انكسر فلا يخلو إما أن ينكسر على فريق واحد، أو على فريقين، أو على ثلاثة، أو أربعة لا يزيد على الأربعة.

القسم الأول: أن ينكسر على فريق واحد:

فطريقه: أن يُنسَبَ النصيب إلى عدد الفريق الذي انكسر عليهم، فإن لم يوافق جزء فيضرب عدد رعو سهم في أصل المسألة، فما بلغ فممنه تصح المسألة، وإن وافق بجزء فاضرب جزء الوفاق من عدد الرعوس في أصل المسألة، فما بلغ فممنه تصح المسألة.

مثاله: زوج، وبنت، وابن ابن: للزوج الربع، وللبنات النصف، والباقي لابن الابن، وقد صحت المسألة من أربعة وانقسم.

ولو خلف بنتاً وابناً ابن؟. فالمسألة من اثنين، للبنات النصف، ويبقى واحد لا ينقسم على اثنين فتضرب عدد الاثنين في أصل المسألة فتصير أربعة، فممنها تصح؛ كان للبنات واحد مضروب في اثنين، فلها اثنان، وكان للابنتين واحد مضروب في اثنين، فلهما اثنان لكل واحد واحد.

ولو خلف أما وأربعة أعمام: المسألة من ثلاثة: للأُم واحد، يبقى اثنان لا ينقسم على أربعة، ولكن يوافق بالنصف فيضرب جزء الوفاق من عدد الفريقين وهو اثنان في أصل المسألة هو ثلاثة فتصير ستة.

كان للأُم واحد ضرب في اثنين، فلها من الستة اثنان وهو الثلث وكان للأعمام من الأصل اثنان مضروبان في اثنين، فهو أربعة، فينقسم عليهم.

القسم الثاني: أن ينكسر على فريقين:

ولها أحوال ثلاث:

إحداها: أن توافق سهام كل فريق عدد رعو س الفريقين بجزء، فإن كان كذلك فردَّ عدد كل فريق إلى جزء الوفاق.

الثانية: أن لا يوافق أصلاً، فاترك عدد كل فريق بحاله.

الثالثة: أن يوافق واحد دون الآخر، فما وافق يُردُّ عدد ذلك الفريق إلى الوفق، وما لم يوافق فاتركه بحاله. ثم إذا فرغت من ذلك فانظر إلى ما حصل من عدد الفريقين، فإن كانا متماثلين فاطرح أحدهما واكتف بالآخر واضربه في أصل المسألة بعولها؛ فمنه تصح المسألة.

وإن لم يكونا متماثلين، فانظر، فإن كانا متداخلين وهو أن يكون الأقل جزءاً من الأكثر لا يزيد على نصفه فاطرح الأقل واضرب الأكثر في أصل المسألة بعولها إن عالت فما بلغ فمنه تصح المسألة.

وإن كانا متباينين فاضرب أحدهما في الآخر، فما بلغ فاضربه في أصل المسألة، فما بلغ صحت منه المسألة.

وإن كانا متوافقين فاضرب جزء الوفق من أحدهما في جملة الآخر، ثم اضرب المجموع في أصل المسألة، فما بلغ فمنه تصح المسألة.

مثاله: أخوان لأم، وثلاثة إخوة لأب: أصل المسألة من ثلاثة، لأخوى الأم واحد ينكسر عليهما، ولا موافقة.

ولإخوة الأب اثنان ينكسر عليهما، ولا موافقة. فاضرب عدد ولد الأم وهو اثنان في عدد ولد الأب وهو ثلاثة فبلغ ستة، فاضربها في أصل المسألة وهو ثلاثة فيبلغ ثمانية عشر، فمنه تصح المسألة.

كان لولد الأم من الأصل سهم في ستة، يكون لهما ستة، لكل واحد منهما ثلاثة. وكان لولد الأب سهمان في ستة يكون اثني عشر، لكل واحد أربعة.

ثلاث بنات، وبنت ابن، وابن ابن: أصلها من ثلاثة، للبنات الثلثان، سهمان على ثلاثة، ولا يصح ولا يوافق. ولأولاد الابن واحد على ثلاثة، لا يصح ولا يوافق، فقد وقع الكسر على جنسين. إلا أنهما متماثلان؛ فإن كل واحد من عدد الرعوس ثلاثة، فتكتفى بأحدهما وتضرب في أصل المسألة وهي أيضاً ثلاثة فيصير تسعة فمنها تصح.

كان للبنات سهمان في ثلاث، يكون لهن ستة، لكل واحدة سهمان. وكان لأولاد الابن من الأصل سهم، وقد ضرب في ثلاثة فيكون ثلاثة، للابن اثنان، وللبنات واحد.

ثلاث بنات، وستة إخوة لأب؟ أصلها من ثلاثة، للبنات الثلثان، سهمان على ثلاثة، لا يصح ولا يوافق.

والباقى للإخوة، وهم ستة منهم على ستة، لا يصح ولا يوافق، وأحد اجنسين يدخل في الآخر أعنى الثلاثة في الستة فيكتفى بالستة، ويضرب في أصل المسألة وهى ستة فيبلغ ثمانية عشر، فمنها تصح، وطريق القسمة ما مضى.

زوج، وثمانية إخوة لأم، وتسع أخوات لأب؟ أصلها من ستة، وتعمل إلى تسعة، للزوج النصف ثلاثة وللإخوة للأم سهمان على ثمانية، لا يصح ولكن يوافق بالنصف، فيردُّ عدد رءوسهم إلى الوفق، فتعود إلى أربعة.

وللأخوات الثلثان، أربعة على تسعة، لا تصح ولا توافق، فقد انكسر على جنسين: أحدهما أربعة، والآخر تسعة. لا مداخلة، فيضرب أحدهما في الآخر، فيبلغ ستة وثلاثين، فنضربهما في المسألة بعولها وهى تسعة فيبلغ ثلثمائة وأربعة وعشرين.

كان للزوج من الأصل ثلاثة مضروبة فى ستة وثلاثين، فله مائة وثمانية، وكان للإخوة من الأم سهمان فى ستة وثلاثين، يكون لهم اثنان وسبعون، بينهم على ثمانية، لكل واحد تسعة، وكان للأخوات أربعة فى ستة وثلاثين، يكون لهم مائة وأربعة وأربعون، لكل واحدة ستة عشر.

القسم الثالث: أن ينكسر على ثلاث فرق:

وطريق ما سبق فى الفريقين، فإن وافق جميع السهام عدد الرءوس يردُّ عدد الرءوس إلى جزء الوفق، وإن وافق البعض ترد ذلك إلى الوفق دون الباقي، وإن لم يوافق بشيء فيترك بحاله.

ثم ينظر بين الأعداد الثلاثة، فما تماثل منها يُكتفى بالواحد، وما تداخل يُسقط الأقل ويكتفى بالأكثر، وما توافق فيضرب جزء الوفق من أحدهما فى مجموع الآخر، وما تباين فنضرب أحد الأعداد فى الثانى، فما بلغ فيضرب فى الثالث، فما بلغ فهو المبلغ الذى يضرب فيه أصل المسألة.

وهكذا القياس فى الانكسار على أربع فرق، وهو القسم الرابع، ومعرفته من القياس الذى ذكرناه واضح.

الفصل الثالث: فى حساب الخنثائى

وطريقه: أن تصحح الفريضة بتقدير الأنوثة، ثم بتقدير الذكورة، ثم تطلب المماثلة والمداخلة والموافقة. فإن تماثلا فيكتفى بأحدهما، وإن تداخلا فيكتفى بالأكثر، فإن توافقا فترده.

مثاله: ولدان خنثيان، وعم: فالاحتمالات أربعة: أن يكونا ذكربين، فالمسألة من اثنين. أو يكونا أنثيين، فالمسألة من ثلاثة. أو يكون الأكبر ذكراً والأصغر أنثى، فالمسألة من ثلاثة. أو بالعكس فالمسألة من ثلاثة.

فقد تحصلنا على اثنين وعلى ثلاث مرات، فيكتفى بواحدة، ويضرب الاثنين في الثلاثة فيصير ستة، فيصح المسألة.

فيصرف أربعة إليهما، لكل واحد سهمان. ويتوقف في سهمين بينهما وبين العم، فإن ظهر ذكورة واحد سلمنا واحداً من السهمين إليه. فإن بان أنوثة الثاني يسلم الباقي إلى الأخ. وإن بان ذكورته سلم إليه.

أما إذا كانوا ثلاثة، فيتضاعف الاحتمال بكل واحد يزيد، فإن كان الاحتمال في اثنين أربعاً، ففي الثلاثة ثمانية، ولكن لا يختلف الحكم بأربعة منها ينشأ من الأصغر والأكبر.

فالاحتمالات المعتبرة أربعة: أن يكونوا ذكوراً، فالمسألة من ثلاثة. أو يكونوا إناثاً، فالمسألة أيضاً من ثلاثة، وتصح من تسعة. أن يكون ذكر وأنثيان، فتصح من أربعة. أو أنثى وذكران، فيصح من خمسة.

فقد تحصلنا على أربعة أعداد: ثلاثة، وأربعة، وخمسة، وتسعة. إلا أن الثلاثة داخلية في التسعة فنسقطها، فيبقى ثلاثة أعداد، فنضرب خمسة في أربعة فيصير عشرين، فنضرب العشرين في التسعة التي هي العدد الثالث فيصير مائة وثمانين، فمنها تصح المسألة بكل تقدير يفرض.

ولو كان خنثى وولد ابن خنثى، وعصبة: فالأحوال أربعة: أن يكونا ذكربين، فالمسألة من واحد. أو أنثيين، فالمسألة من ستة. أو الأعلى ذكراً والأسفل أنثى، فالمسألة من واحد، إذا المال للأعلى. أو بالعكس، فالمسألة من اثنين.

فقد تحصيلنا على اثنين وستة، وعلى واحد مرتين، فيكتفى بأحدهما. والاثنان داخل في الستة وكذا الواحد، فتصح الفريضة من ستة، يصرف إلى ولد الصلب النصف، وهو ثلاثة، فإنه أضر أحواله.

فإن بان ذكورته صرف إليه الباقي، وإن بان ذكورة الأسفل دون الأعلى لم نصرف إليه شيئاً؛ لاحتمال أن الأعلى ذكر.

وإن بان أنوثة الأعلى دون الأسفل صرف إلى الأسفل في الحال سهم؛ لأن أضر

أحواله أن يكون أثني، فيستحق الواحد، ولا يصرف إلى العصبه شيء مادام يمكن أن يكون أحدهما ذكراً.

الفصل الرابع: في حساب المناسخت

وصورة هذا الباب: أن يموت إنسان فلا يقسم ميراثه حتى يموت بعض ورثته، وربما لا يقسم حتى يموت ثالث ورابع وخامس.

ومطلوب الباب تصحيح مسألة الميت الأول من عدد ينقسم نصيب كل ميت منه بعده على مسأله.

ولو أفرد مفرد كل مسألة بحسابها لم يكن وافياً بمقصود المسائل؛ فإن فرضه قسمة المسائل على حساب واحد، من جهة أن التركة واحدة في غرض السؤال.

فالأصل في حساب الباب أن تنظر؛ فإن كان ورثة الميت الثاني والثالث ومن بعدهم ورثة الميت الأول، وكان ميراثهم من كل واحد على سبيل ميراثهم من الميت الأول، وذلك بأن يكونوا عصبه لكل واحد منهم فاقسم مال الميت الأول بين الباقيين من الموتى كأنه ما خلف غيرهم، وإن كانوا ذكوراً فبالسوية، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً فللذكر مثل حظ الأنثيين.

مثاله: خلف الميت أربع إخوة وأختين، ثم مات أخ، ثم مات أخ آخر، ثم ماتت أخت وكل ذلك قبل قسمة التركة: فيقسم المال للأول والثاني والثالث والرابع على أخوين وأخت بينهم على خمسة أسهم، كأن كل واحد منهم ما خلف إلا أخوين وأختاً.

فإن كان ورثة الميت الثاني يرثون منه بخلاف ميراثهم من الأول، أو ورثوا من الثاني ولم يرثوا من الأول فصحيح مسألة كل واحد من الميتين، واستخرج نصيب الميت الثاني من مسألة الميت الأول، وانظر، فإن كان نصيبه يصح على مسأله فقد صحت المسألتان مما صحت منه مسألة الميت الأول.

مثاله: امرأة ماتت وخلفت زوجاً وأخوين من أم، ثم مات الزوج وخلف ابناً وبنتاً: فإن مسألة الميت الأول تصح من ستة، للزوج النصف ثلاثة ولأخويها الثلث سهمان.

ثم مات الزوج عن ابن وبنت، ومسأله من ثلاثة، ونصيبه من المرأة ثلاثة وهي صحيحة على مسأله فاقسم مال الميت الأول على ستة: سهمان لأخويها، وسهمان لابن زوجها، وسهم لبنت زوجها، وما يبقى منهم للعصبه.

وإن كان نصيب الميت الثاني من مسألة الميت الأول لا يصح على مسأله فأنظر فإن لم يوافقها بجزء فاضرب مسألة الميت الثاني في مسألة الميت الأول، فما بلغ فممنه تصح المسألتان.

فمن كان له من المسألة الأولى شيء أخذه مضرورياً في المسألة الثانية. ومن كان له من المسألة الثانية شيء أخذه مضرورياً في نصيب مورثه عن الميت الأول.

ومثاله: زوج وأخوان لأم وواحد من العصباء، ثم مات الزوج وخلف خمس بنين؟ فمسألة الميت الأول من ستة، ومسألة الميت الثاني من خمسة، ونصيبه من الأول ثلاثة، فلا تصح على خمسة، ولا توافق، فتضرب المسألة الثانية وهي خمسة في المسألة الأولى وهي ستة فيبلغ ثلاثين، ومنها تصح المسألتان.

كان لأخوين من الأول سهمان في خمسة، فيكون لهما عشرة. وكان لبنى الزوج من الثانية خمسة مضرورية فيما مات عنه الزوج وهو ثلاثة يكون لهم خمسة عشر، لكل واحد منهم ثلاثة. وكان للعصبة من الأولى سهم في خمسة، ففي المسألة الثانية يكون لهما خمسة، وقد تمت القسمة.

وإن كان نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى لا يصح على مسأله، ولكن يوافق بجزء فاضرب وفق المسألة الثانية لا وفق النصيب في المسألة الأولى، فما بلغ فممنه تصح المسألتان.

ومن له من المسألة الأولى شيء أخذه مضرورياً في وفق المسألة الثانية، ومن له من المسألة الثانية شيء أخذه مضرورياً في وفق نصيب مورثه من الميت الأول.

مثاله: زوج وجد وأم وثلاث إخوة لأب، ثم مات الزوج وخلف ستة بنين: فمسألة الميت الأول تصح من ثمانية عشر، ونصيب الزوج منها تسعة، ومسأله من ستة، والتسعة لا تصح على ستة ولكن يوافقها بالثلث فاضرب ثلث الستة لا ثلث التسعة وهو اثنان في المسألة الأولى، وهي ثمانية عشر، فتبلغ ستة وثلاثين، فمنها تصح المسألتان.

للأم من المسألة الأولى ثلاثة مضرورية في اثنين، وهو وفق الستة، فيكون لها ستة. وكان للجد من الأولى ثلاثة مضرورية في اثنين، فله ستة. وللإخوة من الأولى ثلاثة مضرورية في اثنين، فيكون لهم ستة لكل واحد منهم اثنان.

وكان لبنى الزوج تسعة مضرورية في اثنين، فلهم ثمانية عشر، ولكل واحد من البنين من المسألة الثانية واحد مضرور في جزء وفق نصيب مورثه من الميت الأول وهي ثلاثة فيكون المبلغ ثمانية عشر، لكل واحد ثلاثة.

وعلى هذا فقس إن مات ثالث ورابع وخامس قبل قسمة مال الميت الأول، فصحح مسألة كل واحد منهم، فإن كان نصيب كل واحد منهم يصح على مسألته، فقد صحت المسائل كلها مما صحت منه المسألة الأولى.

وإن لم يصح ولم يوافق فاضرب المسألة الثالثة فيما صحت منه المسألتان الأوليان، وإن كان في الثالثة وفق فاضرب وفق المسألة فيما صح منه الأوليان، وهكذا فافعل بالرابع والخامس، وما زاد عليه فما بلغ منه تصح المسائل كلها. فإذا أردت القسمة فتعرف ما يتحصل لكل واحد بعد كثرة الضرب وتكرره.

فطريقه: أن تضرب سهام ورثة الميت الأول في مسائل المتوفين بعده، مسألة بعد مسألة إن لم تكن سهامهم انقسمت عليهم ولا وافقها.

وإن انقسمت سهام بعضهم على مسألته فلا تضربه في تلك المسألة، واضربه في بقايا المسائل، وإن وافقت سهام بعضهم مسألته فاضربه في وفق تلك المسألة، فما بلغ فهو نصيبه.

ومن له من المسألة الثانية أو الثالثة أو الرابعة شيء، فاضربه فيما مات عنه مورثه، أو في وفقه أعنى وفق النصيب ثم ما بلغ فاضربه في مسائل المتوفين بعده، مسألة بعد مسألة، أو في وفقها أعنى وفق المسألة إن كان من جملتها ما وفق السهام فيه المسألة على الشرط المذكور في الميت الأول، فما بلغ فهو نصيبه من الميت الأول.

مثاله: امرأة، وأم وثلاث أخوات متفرقات: المسألة من خمسة عشر عائلاً. ماتت الأم وحلفت زوجاً وعماً وبتين هما الأختان من الأخوات المتفرقة في المسألة الأولى، ومسألتهما من اثني عشر، وفي يدهما سهمان وافق مسألتهما بالنصف فاضرب نصف مسألتهما، وهي ستة، في المسألة الأولى، وتكون تسعين.

ثم ماتت الأخت من الأب وخلفت زوجاً وأماً وبتاً وأختاً لأب هي واحدة الأخوات في أصل المسألة، ومسألتهما من اثني عشر، ولها من المسألة سهمان مضروبان في وفق الثانية، وهي ستة، يكون اثني عشر، وذلك منقسم على مسألتهما، فصحت المسائل الثلاثة من تسعين.

للرأة من الأولى ثلاثة مضروبة في ستة، يكون ثمانية عشر. وللأخت للأم من الأولى سهمان في ستة، يكون اثني عشر، ولها أيضاً من الثانية أربعة في واحد، فجميع ما لها ستة عشر. وللأخت من الأب والأم من الأولى ستة في ستة، ومن الثانية أربعة في

واحد، وواحد وهو ما يخرج من قسمته من سهام الثالث على مسألتها، فجميع مالها واحد وأربعون. ولزواج الثانية ثلاثة في واحد، ولعمها سهم في واحد. ولزواج الثالثة ثلاثة في واحد، ولبنتها ستة في واحد، ولأمها سهمان في واحد.

مثال آخر: امرأة وابن وبنت وأخ من أب، فمات الابن وخلف من خلف أبوه وهم: أمه وأخته وعمه، ثم ماتت البنت وخلفت زوجها وبنتا ومن خلفت، ثم ماتت المرأة وخلفت زوجها وأختها:

فالمسائل الأربعة كلها تصح من مائة وأربعة وأربعين على ما ذكرنا في مراسيم الحساب، فلا نطول بتفصيله.

الفصل الخامس: في قسمة التركات

ومضمون هذا الباب قسمة التركات إذا كانت التركة مقدرة بكييل أو وزن فين لم تكن التركة كذلك، فما نحاوله في الباب يجرى في تقدير التركة.

وهذا الباب كثير الفائدة، وكأنه ثمرة الحساب في الفرائض، فإن المفتى قد يصحح المسألة من الألف والتركة مقدار نزر، فكيف يفيد كلامه بياناً؟.

ونحن نذكر مثالين: أحدهما: أن لا يكون في التركة المخلفة كسر. والثاني: أن يكون فيها كسر.

فإن لم يكن فيها كسر فالوجه أن تبين سهام الفريضة أولاً، وتعرف العدد الذي منه تصح المسألة كما تمهد ذلك فيما سبق، ثم تنظر إلى التركة وتأخذ سهام كل واحد من الورثة من جملة العدد الذي صحت المسألة منه، وتضربها في التركة، فما بلغ قسم على العدد الذي تصح منه المسألة، فما خرج فهو نصيب ذلك الوارث.

ولا فرق بين أن يكون في المسألة عول، وبين أن لا يكون فيها عول.

مثال ذلك: أربع زوجات، وثلاث جدات، وست أخوات لأب، والتركة خمسة وستون ديناراً: أصل المسألة من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر، وتصح من مائة وستة وخمسين.

فنقول: حصة كل زوجة من العدد الذي صحت فيه المسألة منه تسعة. فاضرب تسعة في التركة وهي خمسة وستون فبلغ خمسمائة وخمسة وثمانين، فنقسمها على الأصل الذي منه تصح المسألة وهو مائة وستة وخمسون فيخرج ثلاثة دنائير وثلاثة أرباع

دينار، فهو نصيب كل واحد من الزوجات من جملة التركة.

ونصيب كل جدة من الأصل ثمانية. فاضربها في التركة، فما بلغ فاقسمها على الأصل، فيخرج لكل واحدة منهن ثلاثة دنائير وثلاث، فهو نصيب كل جدة.

فكان لكل أخت من الأصل ستة عشر، فاضربها في التركة، فما بلغ فاقسمها على الأصل، فيخرج لكل واحدة منهن ستة دنائير وثلاثان^(١).

وهذه الطريقة كافية في الباب. هذا إذا لم يكن في التركة كسر، فأما إذا كان فيها كسر فنبسّط التركة حتى تصير من جنس كسرها، وذلك بأن تضرب الصحيح في مخرج كسره، وتزيد عليه كسره، فما بلغ فكأنه هو التركة صحاحاً، فيقسم كما بيناه فيما تقدم.

فما خرج لكل واحد منهم من القسمة والضرب نقسمه على مخرج ذلك الكسر الذي جعلناه الكل من جنسه، فما خرج فهو نصيبه.

(١) ترجمة المسألة بالأرقام:

التركة: ٦٥ دينار.

أصل المسألة	٦ أخوات لأب	٣ جدات	٤ زوجات
١٢	الثلاث	السلس	الربع
عالت : ١٣	٨	٢	٣

تصحيح المسألة = $١٢ \times ١٣ = ١٥٦$.

نصيب الزوجات = $١٢ \times ٣ = ٣٦$ سهم.

نصيب الزوجة الواحدة = $٣٦ \div ٤ = ٩$ سهم.

نصيب الزوجة بالدينار = $٩ \times ٦٥ = ٥٨٥$

= $٥٨٥ + ١٥٦ = ٣,٧٥$ دينار.

= نصيب الجدات = $١٢ \times ٢ = ٢٤$ سهم.

نصيب الجدة = $٢٤ \div ٣ = ٨$ سهم.

نصيب الجدة بالدينار = $٨ \times ٦٥ = ٥٢٠$

= $٥٢٠ + ١٥٦ = ٣,٣$ دينار.

نصيب الأخوات = $١٢ \times ٨ = ٩٦$ سهم.

نصيب الأخت = $٩٦ \div ٦ = ١٦$ سهم.

نصيب الأخت بالدينار = $١٦ \times ٦٥ = ١,٠٤٠$

= $١,٠٤٠ + ١٥٦ = ٦,٦$ دينار.

مثاله في الصورة التي ذكرناها:

كانت التركة خمسة وستين ديناراً وثلاثاً، فابسطها أثلاثاً تكون مائة وستة وتسعين ديناراً، فكان التركة مائة وستة وتسعون ديناراً فاقسمها بين أربع زوجات وثلاث جدات وست أخوات، فما خرج لكل واحد من الورثة من العدد المبسوط فاقسمه على ثلاثة، فما خرج نصيباً للواحد فهو نصيب الواحد من الجنس الذي تريد.

وقد أكثر الأصحاب في ذكر الطرق فيه، وفيما ذكرناه كفاية. والله أعلم وأحكم.

* * *

كتاب الوصايا (١)

الوصية: عبارة عن التبرع بجزء من المال مضاف إلى ما بعد الموت. وقد كانت واجبة في ابتداء الإسلام، فنسخ بأية الموارث.

وهي الآن جائزة في الثلث؛ لما روى أنه ﷺ عاد سعداً وهو مريض، فقال: أوصي بجميع مالي؟ فقال: «لا». فقال: بالشَّطْر؟ فقال: لا. فقال: بالثلث؟ فقال: «الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون وجوه الناس»^(٢).

فأفاد الحديث: المنع من الزيادة، واستحباب النقصان من الثلث إن كانت الورثة فقراء. ثم الأحب في الصدقات التعجيل في الحياة.

ثم سئل عليه السلام عن أفضل الصدقة فقال: «أن تصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا، ولفلان

(١) الوصايا لغة: جمع وصية، قال ابن القطاع: يقال: وصيت إليه وصاية ووصية، ووصيته وأوصيته، وأوصيت إليه، ووصيت الشيء بالشيء وصياً: وصلته.

قال الأزهري: وسيت الوصية وصية؛ لأن الميت لما أوصى بها، وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام حياته، يقال: وصى وأوصى بمعنى، ويقال: وصى الرجل أيضاً، والاسم: الوصية والوصاء، انظر: المصباح المنير (٢/٦٦٢)، الصحاح (٦/٢٥٢٥)، لسان العرب (٦/٤٨٥٣).

(٢) اخذت من طريق الزهري، عن عامر بن سعد، عن أبيه قال: «مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت، فجاء رسول الله ﷺ يعودني، فقلت: يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً وليس يرثني إلا ابنتي، أفأوصي بثلاثي مالي؟ قال: «لا»، قلت: فالشَّطْر؟ قال: «لا»، قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث، واثلاث كثير، أو كبير، إنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة»، أخرجه: البخاري (١٢٩٥)، مسلم (٥/١٦٢٨)، مالك (٣/٧٦٣)، أبو داود (٤/٢٨٦٤)، الترمذي (٦/٢١١٦)، النسائي (٦/٢٤١)، ابن ماجه (٨/٢٧٠٨)، أحمد (١/١٧٩)، الدارمي (١٤٣٣)، عسك الرزاق (١٦٣٥٧)، الحميدي (١/٣٦)، ابن الجارود (٩٤٧)، البيهقي (٦/٢٦٨).

ومن طريق سعد بن إبراهيم، عن عامر بن سعد، عن أبيه به، أخرجه: البخاري (٢٧٤٢)، مسلم (٥/١٦٢٨)، النسائي (٦/٢٤٢)، أحمد (١/١٧٢).

ومن طريق هاشم بن هاشم، عن عامر بن سعد، عن أبيه به، أخرجه: البخاري (٢٧٤٤)، النسائي (٦/٢٤٣)، من طريق بكير بن مسمار، عن عامر بن سعد، عن أبيه به.

ومن طريق عمرو بن سعيد، عن حميد بن عبد الرحمن، عن ثلاثة من ولد سعد به، أخرجه: مسلم (٨/١٦٢٨)، أحمد (١/٦٨)، أبو يعلى (٢/١١٦).

هذا وللحديث طرق أخر أصحها ما ذكرناه، والله أعلم.

كذا^(١).

فإن اختار الوصية، فالأولى المبادرة، قال ﷺ: «ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصي فيه أن يبیت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»^(٢). هذا تمهيد الكتاب، ومقاصده تحصرها أبواب أربعة:

الباب الأول: في أركان الوصية

وهي أربعة:

الركن الأول: الموصي

والوصية تصح من كل مكلف حر؛ لأنه تبرع، فلا يعتبر فيه إلا ما يعتبر في التبرعات، فلا تصح من المجنون والصغير الذي لا يميز.

وتصح من السفه المحجور عليه بسبب التبذير؛ لأن عبارته نافذة في الطلاق والأقارب.

وفي وصية الصبي وتدبيره قولان:

أحدهما، وهو مذهب عمر، رضى الله عنه؛ صحته؛ لأنه تصرف لا يضر به في الحال والمآل، ولها شبه بالقربات. والثاني: لا يصح؛ لفساد عبارته ولذلك بطل بيعه وإن وافق العطية.

والوصية تمليك، فمبني على التصرفات أكثر. وفي طريقة العراق طرد القولين في المبذر أيضاً. أما الرقيق، فكيف يوصى ولا مال له؟. ولكن لو أوصى ثم عتق وتمول فالأظهر: أنه لا ينفذ؛ إذ لم يكن أهلاً له حالة العقد.

وفيه وجه آخر: أنه ينفذ؛ إذ كانت عبارته صحيحة، وقد تيسر الوفاء بها عند الحاجة.

أما الكافر: فيصح وصيته كالمسلم. ولكن لو أوصى بما هو معصية عندنا كبناء

(١) الحديث أخرجه: البخارى (٢٧٤٨)، وفيه [تصدق]، بدل [تصدق] و[حريص]، بدل [شحيح]، وأخرجه: مسلم الزكاة (٩٢، ٩٣)، وعنده [شحيح]، والنسائي (٦٨/٥، ٢٣٧/٦)، أبو داود (٢٨٦٥)، ابن ماجه (٢٧٠٦)، أحمد (٢٣١/٢، ٤١٥، ٤٤٧)، وعنده بلفظ: «تصدق»، وأخرجه: البيهقي (٤/١٩٠)، ابن عزيمة (٢٤٥٤)، البغوي (١/١٤٤)، شرح السنة (١٧٢/٦)، المتقى في كنز العمال (١٦٢٧٩)، ابن حجر في فتح (٢٧١/١١).

(٢) الحديث أخرجه: البخارى (٢٨٣٨)، مسلم (١٦٢٧)، أبو داود (٢٨٦٢)، الترمذى (٢١١٨)، النسائي (٣٦١٥، ٣٦١٦)، ابن ماجه (٢٦٩٩)، ابن حجر في تلخيص الحبير (١٣٦٤).

الكنائس، أو بيع الخمر والخنزير لإنسان ورفع البناء رددناها عندنا خلافاً لأبى حنيفة رحمه الله.

ولو أوصى بعمارة قبور أنبيائهم نفذناه؛ لأن كل قبر يزار فعمارته إحياء زيارته، ويجوز ذلك في قبور مشايخ الإسلام أيضاً^(١).

(١) في ذلك نظر: إذ لا معنى مفهوم من قوله عمارة القبور، فإن كان يقصد رفعها والبناء عليها، فهذه بدعة من البدع التي ثبت النهي عنها واشتد وعيد رسول الله ﷺ لماعلها، كما هو مشهور عنه ﷺ في كتب السنة مما ليس هنا موضعه من ذلك حديث علي بن أبي طالب، رضي الله عنه فيما رواه مسلم وغيره، عن أبي الهياج الأسدي قال: «قال لي علي بن أبي طالب، رضي الله عنه، ألا أبغئك على ما بعثني عليه رسول الله ﷺ أن لا أدع مثالا إلا طمسته ولا قبراً مشرفاً إلا سويته»، وأخرج مسلم، وأحمد، وأبو داود، والترمذي وصححه، والنسائي، وابن حبان، من حديث جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يخصص القبر وأن يبنى عليه وأن يوطأ»، وزاد المخرجون لهذا الحديث عن مسلم «وأن يكتب عليه»، قال الحاكم: النهي عن الكتابة على شرط مسلم وهي صحيحة غريبة.

وإن كان يقصد أن تُقصد للزيارة كما صرح لفظه بذلك، فهذا مخالف لما صح عنه ﷺ، فقد نهى ﷺ عن زيارة القبور المعينة والأحاديث المصرحة بالزيارة مطلقة عن التقييد بقبر معين حتى قبره ﷺ بأبى هو وأمى، ونهى أيضاً عن شد الرحال إلا للمساجد الثلاث المصرح بها في الحديث الصحيح.

وإن كان يقصد بعمارته جعلها مساجد ومشاهد تعبد من دون الله بسائر العبادات التي إن صرفها صارف عن غير الله كفر أو أشرك إن صرفها لله تعالى ولغيره كالاستعانة والاستغاثة، والطلب والصرف والنذر وغير ذلك مما يفعله القبوريون؛ فرفع القبور ووضع القباب والمساجد والمشاهد مثلها، قد لعن رسول الله ﷺ فاعله تارة بقوله: «قاتل الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد»، وبلغت: «لعن الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد»، وتارة قال: «اشتد غضب الله على قوم اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد»، فدعا عليهم بأن يشتد غضب الله عليهم بما فعلوه من هذه المعصية، وذلك ثابت في الصحيحين، وتارة نهى عن ذلك، وتارة بعث من يهدمه، وتارة جعله من فعل اليهود والنصارى، وتارة قال: «لا تتخذوا قسرى وثناً»، وتارة قال: «لا تتخذوا قبرى عيداً»، أى موسمًا يجتمعون فيه، كما صار يفعله كثير من عباد القبور يحملون لمن يعتقدونه من الأموات أوقاتاً معلومة يسمونها «مَوْلِدٌ» يجتمعون عند قبورهم ويعكفون عليها كما يعرف ذلك كل أحد من الناس حتى أنهم صاروا يجيئون هذه البدع الكفرية في دور الإعلام من إذاعة وغيرها فيأنا لله وإنا إليه راجعون، إن أفعال هؤلاء المخذولين، الذين تركوا عبادة الله، كالنذر والذبح والاستعانة والاستغاثة والحلق وغير ذلك من المفاسد والشركيات، التي تخلف صاحبها وراء حائط الإسلام وتلقيه على أم رأسه من أعلى مكان من الدين إلى هاربة الجحيم، وعبدوا عبداً من عباد الله صار تحت أطباق الثرى لا يقدر على أن يجلب لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً، والكلام في هذه المسألة يطول ليس هنا موضعه، فالحمد لله أولاً وآخراً على

الركن الثاني: الموصى له

والنظر في العبد، والدابة، والحري، والقاتل، والحمل، والوارث.

أما العبد: فالوصية له صحيحة، فإن كان حرًا حال القبول مَلَكًا، وإن كان رقيقًا انصرف إلى سيده.

وفي افتقار قبوله إلى إذن السيد خلاف، كما في انتهاءه: فإن قلنا: يعتبر رضاه، فلو قبله السيد بنفسه ففيه خلاف. ووجه المنع: أن اللفظ تعلق بالعبد فلا ينتظم قبول غيره.

فرعان: أحدهما: أوصى لعبد وارثه. فإن عتق قبل موته صح قبوله، وإن كان رقيقًا لم يصح؛ لأنه يصير ذريعة إلى الوصية إلى الوارث.

وإن عتق بعد الموت وقبل القبول، وقلنا إنه يملك الوصية بالقبول صح. وإن قلنا: بالموت فلا، وكذا إذا كان الوارث قد باعه من أجنبي بعد الموت وقبل القبول، يخرج عليه، هذا ما يظهر لي في القياس.

وأطلق الأصحاب القول بأن الوصية لعبد الوارث باطلة، من غير هذا التفصيل؛ لأنه لا وصية لوارث.

الثاني: إذا أوصى لأم ولده جاز؛ لأنها حرة بعد موته. وكذا إن أوصى لمديره، إن عتق من الثلث. وإلا فهو وصية لعبد الوارث، فلا يصح.

وإن أوصى لمكاتبه صح؛ إذ يتصور منه الاستقلال بالملك وكذا الوصية لمكاتب الوارث، إلا إذا رق المكاتب فترجع الوصية إلى الوارث فيبطل.

أما الدابة: فإذا أوصى لها، ثم فسر بإرادة التملك فهي باطلة. وكذا إن أطلق؛ لأن الإطلاق يقتضي التملك، ولا يتصور ذلك للدابة بخلاف العبد، فإنه أهل لأسباب الملك وإن لم يستقر عليه الملك، وإن قال: أردت صرفه في علفها فصحيح. وهل يفتقر إلى قبول المالك؟ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يفتقر، وهو اختيار أبي زيد المروزي. وكأنها وصية للدابة، ولكل كبد حرّى أجر.

وقال صاحب التلخيص: لا بد من القبول؛ إذ يبعد أن يوقف على عبيد الإنسان ودوابه دون رضاه.

فإن قلنا: لا بد من القبول، فإذا قبل فهل يسلم إليه؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه لا يتعين على المالك صرفه إلى الدابة، وهو اختيار القفال، وكأنه جعل لدابة كالعبد. والثاني: أنه يتعين على الوصي صرفه إلى دابته، فإن لم يكن وصي فالقاضي يصرف أو يكلف المالك بعد قبوله ذلك.

فروعان: أحدهما: أنه لو قال: خذ هذا الثوب وكفن فيه مورثك. قال القفال: للوارث إبداله؛ تفريعاً على أن الكفن للمالك، والإضافة إلى المورث تمليك له. وهذا أبعد مما ذكره في الدابة، وذلك أيضاً بعيد، بل الصحيح هاهنا أن هذه عارية في حق لميت. الثاني: لو قال: وقفت على المسجد، أو أوصيت للمسجد، وقال: أردت تمليك المسجد، فباطل.

وإن قال: أردت صرفه إلى مصلحته فصحيح. وإن أطلق، قال الشيخ أبو علي: هو باطل؛ لأن المسجد لا يملك كالبهيمة، وهذا في المسجد بعيد؛ لأن العرف ينزل المطلق على صرف المنافع إلى مصلحته.

أما الحربي: فتصح الوصية له كما يصح البيع منه والهبة. وكذا المرتد والذمي. ونقل صاحب التلخيص عن نص الشافعي، رضى الله عنه، بطلان الوصية للحربي، وعلل بانقطاع الموالاة. وهو ضعيف؛ إذ لا معنى لشرط الموالاة في الوصية وإن روعيت في الإرث.

ولو أوصى المسلم أو الذمي لسلاح أهل الحرب، أو البيعة، أو للكنيسة: فهو فاسد؛ لأنها معصية، بخلاف الوصية لحربي معين، فإن الهبة منه ليس بمعصية.

أما القاتل: ففي الوصية له ثلاثة أقوال: أحدها: المنع؛ قياساً على الإرث، فإنه لما عصى بالتوصل إلى السبب عوقب بنقيض قصده وقطع عنه ثمرته، والوصية أيضاً ثمرة الموت.

والثاني: الصحة؛ لأن السبب هو التملك دون الموت، وهو اختيار من جهته، فأشبهه المستولدة إذا قتلت سيدها، ومستحق الدين إذا قتل من عليه الدين، فإنها تعتق إذ عتقها باختيار الاستيلاد.

والثالث: أنه إن أوصى أولاً ثم قتل انقطعت الوصية؛ لأنه استعجال، وإن خرح ثم أوصى له جاز.

أما المدبر إذا قتل سيده: فإن قلنا: التدبير وصية، فيخرج على الأقوال. وإن قلنا: إنه

تعليق، عتق نصفه، فتشبيهه بالمستولدة أولى. فإن قلنا: الوصية للقاتل باطل، فهل تنفذ بإجازة الورثة؟ فيه خلاف، كما في إجازة الوصية للورثة. ولو أوصى لعبد القاتل، كان كما لو أوصى لعبد الوارث. ولو أوصى لعبدٍ وهو قاتل صح؛ لأن مصب الملك غيره.

أما الحمل: فالوصية له صحيح بشرطين: أحدهما: أن ينفصل حيًا، فلو انفصل ميتًا، ولو بجنابة جان، فلا يستحق؛ إذ كنا نعطيه حكم الأحياء لتوقع مصيره إلى الحياة.

الثاني: أن يكون موجودًا حالة الوصية، وذلك بأن ينفصل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية.

فإن انفصل لأكثر من أربع سنين فلم يستحق، وإن كان لما بينهما، نظر: إن كان للمرأة زوج يغشاها لم يستحق؛ لأن الطريان ظاهر.

وإن لم يكن زوج، فوجهان: وجه الاستحقاق: أن تقدير الوطء بالشبهة بعيد، والزنا فلا نقدره تحسنا للظن بالمسلم. أما إذا صرح بالوصية بمحمل سيكون، فالظاهر: المنع؛ لأنه لا متعلق للاستحقاق في الحال، وبه قطع العراقيون. بخلاف الوصية بمحمل سيكون.

وقال أبو إسحاق المروزي: يجوز، كالوصية بالحمل المنتظر. ويتأيد بجواز الوقف على ولد الولد.

أما الوارث: فالوصية له باطلة؛ لقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»^(١).

ونعني به إذا رده بقية الورثة، فإن أجازوا، وقلنا: إجازة الورثة تنفيذ لا ابتداء عطية، ففي صحة هذه الوصية بالإجازة، وكذا الوصية للقاتل، قولان:

أحدهما: لا؛ للنهي المطلق. والثاني: ينفذ. والنهي منزل على خلاف مراد الورثة. وروى ابن عباس أنه ﷺ قال: «لا يجوز لوارث وصية إلا أن يشاء الورثة»^(٢).

(١) سبق تخريجه، وانتظر: أبو داود (٢٨٧٠)، والترمذي (٢١٢٠)، وقال: حديث حسن صحيح، أخرجه من طريق إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل بن مسلم، عن أبي أمامة الباهلي، ومن طريق شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، عن عمرو بن خارجة، قال الترمذي: حسن صحيح، وللحديث طرق أخر لكنها ضعيفة.

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: أحمد (١٨٦/٤، ١٨٧)، السيوطي في الدر المنثور (١/١٧٥)، ابن حجر في تلخيص الحبير (١٣٧٠)، عن ابن عباس، قال الشوكاني: حسنه في التلخيص، وقال في الفتح رجاله ثقات، لكنه معلول، فقد قيل: إن عطاء الذي رواه عن ابن عباس هو =

فروع ستة: الأول: إذا أوصى لكل واحد بمقدار حصته فهو لغوٌ لا فائدة له. فأما إذا خصصه بعين على مقدار حصته، ففي الحاجة إلى الإجازة وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا وصية بزيادة مال. والثاني، وهو الأصح: أنه يحتاج، لأن في أعيان الأموال أغراضاً.

وكذلك لو أوصى بأن تباع داره من إنسان، تنفذ عندنا وصيته، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

الثاني: إذا وقف على كل واحدٍ قدر حصته: فإن قلنا: الوصية للوارث أصلاً باطل، ولا يتأثر بالإجازة، فأصل الوقف باطل.

وإن قلنا: ينفذ بالإجازة، فله أن يرد بقدر الزائد على الثلث، وليس له إبطال الثلث؛ فإنه لم يخص بعض الورثة به.

ومن وقف عليه لا يمكنه أن يرد نصيب نفسه فيقول: خصصني، فإن التخصيص يستدعي تعدداً.

ويظهر فهم هذا إذا كان الوارث واحداً، فليقس عليه العدد أيضاً.

الثالث: إذا أوصى بالثلث لأجنبي ووارث فرد ما للوارث، فللأجنبي سندُ المال؛ لأنه أوصى لهما على صيغة التشريك.

بخلاف ما إذا أوصى للوارث بالثلث، ثم أوصى للأجنبي بالثلث، فإنه إن رد ما للوارث سلّم الثلث للأجنبي. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يسلمُ الثلثُ للأجنبي في الصورتين.

الرابع: أوصى لأجنبي بالثلث، ولكل واحدٍ من ابنيه بالثلث، فردّ ما لابنه: سلّمَ الثلثُ للأجنبي؛ إذ لا مدخل لإجازة الورثة في قدر الثلث. وعن القفال وجه: أنه يسلمُ للأجنبي ثلث الثلث؛ لأن ثلثه شائع في الأثلاث، وهو مزيف.

الخامس: لو أوصى للأجنبي بالثلث، ولبعض الورثة بالكل، وأجيزت الوصايا:

=الحراساني، وهو لم يسمع من ابن عباس، وأخرج نحوه البخاري من طريق عطاء بن أبي رباح، عن ابن عباس موقوفاً، قال الحافظ: إلا أن فيه تفسيراً وأخباراً بما كان من الحكم قبل نزول القرآن، فيكون في حكم المرفوع، وأخرجه أيضاً: أبو داود في المراسيل، عن مرسل عطاء الحراساني، ووصله يونس بن راشد، عن عطاء، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال الحافظ: والمعروف للمرسل، أ. هـ. نيل الأوطار (٤٠/٦).

فلأجنبي الثلث كاملاً، لا يُزاحمه الوارث. والثلاثان للوارث الموصى به، هكذا حكى عن ابن سريج.

ولا يبعد أن يُقال: إنَّ الوارث يُزاحم في الثلث بكونه موصى له، لا بكونه وارثاً، كما لو أوصى لأجنبي بالكل ولأجنبي آخر الثلث؛ إذ لا يسلم الثلث لصاحب الثلث، بل يزاحمه فيه.

السادس: أوصى لأجنبي بالنصف، ولأحد ابنيه بالنصف، وأجيز الكل. سئل القفال عنه ببخارى فأجاب: بأن الأجنبي يفوز بالنصف، والابن بالنصف، فنقل له عن ابن سريج: أنَّ للأجنبي النصف، وللأبن الموصى له ربعاً وسدساً، يبقى نصف سدس للأبن الذي ليس بموصى له. قال القفال: فتأملت حتى خرجت وجهه بالبناء على الوجهين في مسألة، وهي: أنه لو أوصى لأحد ابنيه بالنصف وأجيز: شاطر في النصف الثاني؛ لأنه التركة. ولو أوصى له بالثلثين فهل يشاطر في الثلث الباقي؟ وجهان:

أحدهما: نعم، كالصورة الأولى؛ لأن ما أخذ بالوصية كأنه لم يكن، والتركة هو الباقي، فكان كما لو أوصى بالثلثين لأجنبي وأجيز. والثاني: لا؛ لأن المفهوم من الوصية له بالثلثين التخصيص له بالسدس الزائد على النصف الذي هو قدر حقه، فكانه قال: لا تنازعه في ثلثي الدار؛ ليكون له النصف بالإرث والباقي بالوصية.

فعلى هذا يستقيم مذهب ابن سريج، فإن الأجنبي الموصى له بالنصف سَلِمَ له الثلث من رأس المال من غير حاجة إلى إجازة.

بقي الثلثان، التوريث يقتضى للأبن الموصى له الثلث، وقد أوصى له بالنصف فخصص بمزيد، فانقطع حقه عن السدس الباقي، وبقي السدس خالصاً للأبن الذي لم يوص له.

إلا أن الأجنبي بعد يطلب سدساً، وقد أجازاه، فيكون نصيب الابن الذي لم يوص له في ذلك إجازة نصف السدس، فيأخذ منه نصف سدسه من هذا السدس، ويبقى له نصف سدس، ويأخذ النصف الآخر من نصيب الابن الموصى له، فيكمل له النصف وينقص نصيب الموصى له بنصف سدس.

وإن فرعنا على أنه يشاطر الموصى له في الباقي، فالباقي سدس مشترك بين الابنين وقد أجازاه للأجنبي، فيصح منه جواب القفال.

الركن الثالث: في الموصى به

ولا يشترط فيه أن يكون مالا، فيصح الوصية بالزبل والكلب والخمر المحرمة. ولا كونه معلوماً، فيصح الوصية بالمجهول. ولا كونه مقدوراً على تسليمه، فيصح الوصية بالآبق والمغصوب والحمل، وهو مجهولٌ وغير مقدور عليه. ولا كونه معيناً، فتصح الوصية بأحد العبدین. والأظهر: أنه لا يصح الوصية لأحد الشخصين، فلا يحتمل ذلك في الموصى له وإن احتمل في الموصى به، وقد ذكرنا نظيره في الوقف.

نعم يشترط أربعة أمور:

الأول: أن يكون موجوداً: فإن كان مفقوداً كالمنافع جازت الوصية؛ لأنها كالموجود شرعاً في المعاوضة. وفي الوصية بالحمل الذي سيوجد وجهان مشهوران:

أحدهما: المنع؛ إذ لا متعلق للوصية، فكان كالوصية للحمل الذي سيكون، فإنه ممنوعٌ على الأظهر. والثاني: الجواز، كما في المنافع.

وفي الثمار الذي ستحدث طريقان: منهم من ألحق بالمنافع؛ لتكرر وجودها في العادة. ومنهم من ألحقها بالحمل.

الثاني: أن يكون مخصوصاً بالموصى: فلو أوصى بمال الغير فسد وإن ملكه بعد ذلك؛ لبطلان الإضافة في الحال.

الثالث: أن يكون منفعةً به: فلا تجوز الوصية بالكلب الذي لا ينتفع به، ولا بالخمر المستحقة الإراقة، التي اتخذت للخمرية. وتصح الوصية بالجرو؛ إذ مصيره إلى الانتفاع.

وفي هبة الكلب وجهان: أحدهما: الجواز، كالوصية، وكان المحرم أخذ ثمنه؛ لقوله ﷺ: «الكلب خبيثٌ وخبيث ثمنه»^(١). والثاني: المنع؛ لأن الوصية في حكم خلافه، يُضاهى الإرث، بخلاف الهبة.

نعم، يجري الإرث في حد القذف والقصاص دون الوصية؛ لأنه لا ينتفع الموصى له به.

فروع: الأول: من لا كلب له، إذا أوصى بكلبٍ لا يصح؛ لأننا نحتاج إلى شرائه وهو غير ممكن. وإن كانت له كلاب، ففي كيفية خروجه من الثلث خلاف:

قال الشيخ أبو علي: إن ملك شيئاً آخر ولو دانقاً يصح الوصية؛ لأنه خيرٌ من كل

(١) الحديث سبق تخريجه، وانظر: مسلم (١٥٦٨).

الكلاب؛ إذ لا قيمة للكلب.

وقال العراقيون: لا ينفذ إلا في ثلث الكلاب، وكأنه كلُّ ماله؛ إذ لا يمكن نسبته إلى سائر الأموال. ثم إذا لم يكن له إلا كلاب، وأوصى بالكلب، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ينظر إلى العدد، فإن ملك ثلاثة كلاب نفذت وصيته بواحدة.

ومنهم من قدر قيمة الكلب. ومنهم من قدر الثلث بتقدير المنفعة؛ فإنه منتفع به.

وإذا كان له خمرٌ وكلبٌ وطبلٌ لهو، فأوصى بواحد، فلا يمكن إلا تقدير القيمة؛ إذ لا مناسبة في العدد والمنفعة.

الثاني: إذا أوصى بطبلٍ لهو، وكان يصلح للحرب، بأدنى تغيير، مع بقاء اسم الطبل، صحت الوصية.

ولو كان لا ينتفع به إلا برضاؤه لا يصح؛ لأنه لا يقصد منه الرضا، إلا إذا كان من ذهب أو عود أو شيء نفيس فيصح؛ لأنه المقصود.

ولو قال: أوصيت برضاؤ هذا الطبل صح. وتقديره: أنه له بعد الكسر. والوصية تقبل التعليق، بخلاف البيع.

الشرط الرابع: أن لا يكون الموصى به زائداً على الثلث؛ لقصة سعد:

فإن زاد على الثلث ولم يكن له وارث، فالوصية بالزيادة باطلة. خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الزيادة للمسلمين، ولا يحيز له. نعم، لو رأى القاضي مصلحة في تلك الجهة جاز له تقريرها فيها. وإن كان له وارث، ففي بطلان الوصية من أصلها قولان، كما في أصل الوصية للوارث.

فإن قلنا: إنها باطلة، فالإجازة إن فرضت فهي ابتداء عطية تفتقر إلى القبض والقول. وهل ينفذ بلفظ الإجازة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه ينبني على تقرير ما سبق، ولا ثبات لما سبق. والثاني: أنه يصح، ومعناه: تقرير مقصود ما سبق بإثبات مثله. وعلى هذا إذا كان الوصية عتقاً، كان الولاء للوارث.

وإن قلنا: إنها صحيحة، فالإجازة يتقيد، والولاء للمورث. وكل تبرع منجز في مرض الموت فهو أيضاً محسوب من الثلث. وكذا إذا وهب في الصحة، ولكن أقبض في المرض. وهذا يستدعي بيان ثلاثة أمور.

الأول: مرض الموت: وهو كل مرض مخوف يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت، كالطاعون والقولنج، وذات الجنب، والرَّعَافِ الدائم، والإسهال المتواتر، وقيام الدم، والسُّل في انتهائه، والفالج^(١) الحادث في ابتدائه، والحمى المطبقة؛ لأن هذه الأمراض يظهر معها خوف الموت.

أما السل في ابتدائه، والفالج في انتهائه، والجرب، ووجع الضرس، والصداع اليسير، وحمى يوم ويومين فكل ذلك ليس بمخوف.

فإذا هجم المرض المخوف حَجَرْنَا عليه في التصرف فيما يزيد على الثلث، وتوقفنا في تبرعاته. فإن زال نَفَذْنَاهُ، وتبيننا صحته. وإن كان غير مخوف، كوجع الضرس، وآخر الفالج، فالتصرف نافذ.

وإن مات عند ذلك فجأة، أو بسبب آخر، لا بذلك السبب فلا يمتنع به التبرعات المنحزة.

فأما حمى يوم ويومين، وإسهال يوم ويومين، فهو إذا دام صار مخوفاً، وابتدأه مشكل، فلا يحجر عليه. فإن دام ومات تبيننا فساد التصرف؛ إذ بان أن الأول كان مخوفاً.

وما أشكل من ذلك يتعرف من طبييين مسلمين، لا من أهل الذمة.

فأما إذا كان في الصف وقد التحم الفريقان، أو كان في البحر وقد تموج، أو في أسر كفار عاداتهم قتل الأسارى، أو قدم للقتل في قطع الطريق، أو الرجم للزنا، أو ظهر الطاعون في بلد ولكن بعد لم يظهر في بدنه شيء، ففي تبرعه في هذه الأحوال قولان:

أحدهما: أنه كالمريض المخوف؛ لأنه سبب ظاهر في الاستعداد لما بعد الموت. والثاني: أنه كالصحيح؛ إذ لا يمس بدنه شيء، ولا ضبط لما قبل تغير البدن للأسباب.

أما إذا قدم للقصاص، فالمنصوص: أنه لا تعتبر عطيته من الثلث مالم يخرج.

وقال أبو إسحاق المروزي: هو كالأسير وقع في يد قوم عاداتهم القتل. ومنهم من فرق: بأن المسلم الغالب عليه الرحمة والعفو في القصاص.

وأما الحامل، فليس بمخوف قبل أن يضربها الطلق، فإن ضربها الطلق، فهو مخوف.

ومنهم من قال: لا؛ لأن السلامة منه أكثر.

(١) [الفالج]: شلل يصيب أحد شقي الجسم طويلاً، انظر: للمعجم الوسيط (٦٩٩/٢).

الأمر الثاني: خدّ التبرع: وهو إزالة الملك عن مال مجانا من غير وجوب. فالعتق والصدقات تبرع. والزكاة والكفارة الواجبة والحج الواجب ليس بتبرع، فما أوصى به لها فهو من رأس المال. وكذا قضاء الديون؛ لأن ذلك يستند إلى وجوب.

فرعان: أحدهما: إذا باع بثلث نفذ وإن كان من الوارث. وكذلك إذا قضى دين بعض الغرماء لم يكن للباقي المنع. وخالف أبو حنيفة، رحمه الله، فيه، وفي البيع من الوارث. أما إذا كان في البيع محاباة، فقدّر المحاباة حكمه حكم التبرعات.

وكذلك إذا نكح امرأة بأكثر من مهر المثل فالزيادة تبرع محسوب من الثلث.

الثاني: إذا نكحت المرأة بأقل من مهر المثل، لم يحسب من الثلث؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضع، والبضع ليس بمال. ولو أجر عبيده ودوابه مع المحاباة فهو تبرع؛ لأنه مال.

ولو أجر نفسه وحايى، فيه وجهان:

أحدهما: أنه تبرع، كمنافع العبيد؛ فإن منفعتهم مال. والثاني: لا؛ لأنه لا يعد مالا يطمع فيه الوارث، فيشبه بضع المرأة من هذا الوجه، وكان ذلك يعد امتناعاً عن الاكتساب لا تقويتاً.

الأمر الثالث: في كيفية الاحتساب من الثلث: ووجهه: أنه إن كانت التبرعات كلها منجزة في المرض، فيقدم الأول فالأول. فإن كان الأول هبة والثاني عتقاً قدمت الهبة؛ لأنه استوفى الثلث بها فسقط العتق بعده. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إنهما يتساويان؛ إذ لهذا قوة العتق، ولذلك قوة التقدم. أما إذا كانت متساوية: فإن كان الكل هبة ومحاباة فتوزع عليهم الثلث على نسبة أقدارها.

وإن كان الكل عتقاً أقرع بين العبيد ولم يوزع؛ حذراً من التشقيص، بخلاف الهبة، ولما روى أنه ﷺ: «أقرع بين ستة أعبد أعتقهم مريض، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأرق أربعة وأعتق اثنين»^(١).

وإن اجتمع الهبة والعتق في حالة واحدة بقول وكيل أو بإضافة الكل إلى ما بعد الموت ففي تقديم العتق قولان:

أحدهما: لا؛ للتساوى في وقت الاستحقاق. والثاني: نعم؛ لأن العتق يزحم ملك الغير بالسرية. وفي إحقاق الكتابة بالعتق في استحقاق تقديمها على المحاباة خلاف.

(١) الحديث عن عمران بن حصين، أخرجه: مسلم (ح ١٦٦٨)، أبو داود (٣٩٥٨)، الترمذی (١٣٦٤)، النسائي (١٩٥٨)، ابن ماجه (٢٣٤٥)، ابن حجر في تلخيص الحبير (١٣٧١).

أما إذا أضيف الكل إلى ما بعد الموت، فلا ينظر إلى ما تقدم في بعض الوصايا؛ لأن وقت لزوم واحد في الكل، وإنما يبقى النظر في تقديم العتق على غيره.

ولو أوصى بعتق عبد، وعلق عتق آخر على الموت، فلا تقديم لأحدهما بحال.

فروع: الأول: إذا كان له عبدان: غانم، وسالم، فقال لغانم: إن أعتقتك فسالم حر، ثم أعتق غانما، والثالث لا يفي إلا بأحدهما: يعتق غانم ولا يقرع بينهما؛ إذ ربما تخرج القرعة على سالم، فيؤدي إلى أن يعتق دون عتق غانم، ويكون ذلك تحصيلاً للمسبب دون السبب، وهو محال.

أما إذا كان له سوى غانم عبدان، فعلق عتقهما بعتق غانم، وفي الثالث بغانم وبأحدهما، عتق غانم وأقرع بينهما، فمن خرجت قرعته عتق.

الثاني: إذا ملك جارية حاملاً، ومجموع ماله ثلاثمائة، والولد من الجملة مائة والأم خمسون.

فقال: إن أعتقت نصف الحمل فالأم حرة. ثم أعتق نصف الحمل: عتق خمسون، وبقي لنا خمسون إلى تمام الثلث مردد بين النصف الآخر من الولد بالسراية، أو الأم بالتعليق، فيقرع بينهما، فإن خرجت على الولد عتق كله، ورق الأم.

وإن خرج على الأم لا يمكن إعتاق كلها؛ إذ يبقى بعض الولد رقيقاً مع عتق كل الأم، والولد في حكم عضو من أعضائها لا يقبل عتقه الانفصال عن عتقها، فيعتق بقدر خمسين منها على نسبة واحدة، ويحكم بعتق نصف الأم، وهو خمس وعشرون؛ ليقترض ذلك عتق نصف الولد، وهو خمسون.

ولكن يخص النصف الحر منه النصف، فيبقى للنصف الرقيق النصف، وهو قدر خمس وعشرين، فيعتق إذاً من الأم نصفها، ومن الولد ثلاثة أرباعه: نصف بالمباشرة، وربع بسراية عتق الأم.

الثالث: إذا أوصى بعبد لإنسان، وهو ثلث ماله، وثلثا ماله غائب: فلا نسلم العبد؛ إذ المال ربما يتلف فيكون العبد كل المال. وهل يسلم ثلث العبد؛ ليتسلط عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه أقل أحواله. والثاني: لا؛ فإن حق الشرع أن لا يتسلط الموصى له على شيء إلا ويتسلط الوارث على مثليه، وهاهنا ليس يمكن تسليط الوارث على الثلثين من العبد، فإنه ربما يسلم للموصى له.

فإن استبهم خبر المال الغائب وتواطأ على إشاعة الوصية في جميع المال؛ حتى يصير العبد مثلنا بينهم: لم يكن لهما ذلك؛ لأنه نقل الوصية من عين إلى غيره. وقال مالك: يجوز ذلك للمصلحة.

ولو أعتق عبداً وهو ثلث ماله أو دبره وثلثا ماله غائب، ففي تنفيذ العتق في ثلث العبد الخلاف الذي ذكرناه بعينه في الوصية.

الركن الرابع: الصيغة

وهو الإيجاب والقبول:

أما الإيجاب: فقوله: أوصيت له، أو أعطوه، أو جعلت هذا له، أو ملكته بعد الموت. ولو قال: عينت هذا له، فكناية، والوصية تنعقد بها عند النية، فإنه إذا قبل التعيين بالإقرار فبأن يقبل الكناية أولى.

ولو قال: وهبت هذا منه، ونوى الوصية، ففي كونه كناية وجهان: ووجه المنع: أنه صريح في اقتضاء ملك ناجز.

ولو قال: هذا لفلان، ثم قال: أردت الوصية: لم يقبل؛ لأنه صيغة إقرار، إلا أن يقول: هذا من مالي لفلان.

أما القبول: فلا بد منه، ولكن بعد الموت؛ فلا أثر لقبوله ورده قبل موت الموصي. وإن مات الموصي له قبل القبول قام وارثه مقامه؛ لأنه حق تملك، فهو بالإرث أولى من الشفعة. وإن قبل الموصي له ثم رده قبل القبض، ففي نفوذ رده وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ تم ملكه بالقبول بعد الموت. والثاني: نعم؛ لأنه ملك بغير عوض، فيتطرق الرد إليه. هذا إذا أوصى لمعينين، أما إذا أوصى للفقراء أو لجهة عامة: لزم بالموت؛ إذ لا يتصور شرط القبول فيه.

ثم اختلف قول الشافعي، رضي الله عنه، في وقت حصول الملك، على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يحصل بالموت؛ لأنه أضاف إلى الموت. والثاني: بالقبول؛ إذ يبعد أن يدخل الشيء في ملكه قهراً. والثالث وهو الأصح: أنه موقوف، فإن قبل تبيين حصوله بالموت، وإن ردّ تبين أنه لم يحصل من أصله.

فإن فرعنا على أنه يحصل بالقبول، فهو قبل القبول ملك الوارث، أو ملك الميت؟ فيه وجهان.

ومنشأ التردد: أن في إضافته إلى كل واحد منهما نوع استحالة؛ إذ لا ملك لميت ولا ميراث إلا بعد الوصية.

ويتفرع على الأقوال مسائل خمسة: الأولى: إذا حدثت زيادة قبل القبول فهي للموصى له على كل قول إن قبل الوصية، إلا إذا فرعنا على أن الملك يحصل بالقبول، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه له؛ نظراً إلى القرار. والثاني: لا؛ إذ حدث قبل قبوله وملكه. وعلى هذا إن قلنا: إن الملك للميت، فتقضى منه الديون. وإن قلنا: للوارث فلا؛ إذ الصحيح أن وثيقة الدين لا يتعدى إلى الزيادة، كوثيقة الرهن.

أما إذا رد فالزيادة من التركة بكل حال. إلا إذا فرعنا على أن الملك يحصل بالموت، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يتبع الأصل في الرد. والثاني: أنه يبقى على ملك الموصى له؛ لأنه حصل على ملكه، فهو كزيادة المبيع.

الثانية: النفقة والمؤن وزكاة الفطر، بين الموت والقبول، على الموصى له إن قبل على كل قول، وعلى الوارث إن رد على كل قول.

ولا يعود الوجه المذكور في الزيادات، وإن كان يحتمل أن يقال: الغرم في مقابلة الغنم. ولكن إدخال شيء في الملك قهراً أهون من إلزام مؤنة قهراً.

فرع: مهما توقف في القبول والرد مع الحاجة إلى النفقة، كلف النفقة قهراً، فإن أراد الخلاص فليرد. وإن لم يكن إلى النفقة حاجة، ولكن أراد الوارث أن يستقر الأمر معه، فيطالب بالقبول أو الرد.

فإن توقف حكم عليه بالرد لأجل المصلحة، فيقال: إما أن تقبل أو نحكم عليك بالرد إن توقفت.

الثالثة: إذا كان الموصى به زوجة الموصى له: فإن قبل: انفسخ النكاح. وإن رأينا الوقف: كان بطريق التبين من وقت الموت.

وإن رد: لم ينفسخ إلا إذا فرعنا على أنه يملك بالموت، فيفسخ وإن كان الملك ضعيفاً؛ لأن ملك اليمين يضاد ملك النكاح.

وإن كانت زوجة الوارث: فإن قبل الموصى له لم ينفسخ نكاحه إلا إذا فرعنا على أنه يملك بالقبول، وأنه قبل القبول للوارث، ففيه وجهان:

ووجه بقاء النكاح: ضعف الملك مع أن الاختيار إلى غيره. بخلاف الموصى له، فإن الاختيار إليه.

وإن رد: فينفسخ النكاح، وهل يستند إلى حالة الموت؟ فيه خلاف منشؤه: ضعف ذلك الملك. ولو كان الموصى به قريباً للموصى له أو الوارث قرابة يعتق بالملك، فتخريجه على الأقوال كتخريج انفساخ نكاح الزوجة.

الرابعة: إذا أوصى بأمه لزوجها الحر، وولدت قبل القبول بعد الموت: قال الشافعي، رضى الله عنه: عتق الأولاد، ولم تكن أمهم أم ولد له.

هذا نقل المزنى، وهو خطأ؛ إذ لا وجه للفرق بين الأم والولد على كل قول، أثبتنا الملك أو نفينا أو توقفنا.

نعم، قال بعد ذلك: ولو مات الموصى له فقبل الوارث عتق الأولاد، وهو صحيح يخرج على قولنا: يحصل الملك بالموت للموصى له وعلى قول الوقف أيضاً.

الخامسة: أوصى له بولده فمات، فقبل وارثه: فعتقه بينى على أن الملك بماذا يحصل؟ فإن قلنا: بالموت، أو قلنا: بالوقف، تبين الحق على الموصى له قبل موته. وإن قلنا: بالقبول، ففي قبول الوارث وجهان:

أحدهما: أنه يترتب على قبوله، كقبول المورث. والثاني: أنا نسندُه إلى ألطف حين قبل موت الموصى له. فعلى هذا هو تركه، يقضى منه الديون، ونسب عتقه.

وإن قلنا: يترتب على القبول فلا يعتق؛ لأن الميت لا يعتق القريب عليه بحال؛ إذ ملكه وإن قدر لا قرار له. نعم، هل تقضى الديون مما قبله الوارث؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقضى؛ إذ لم يملكه الميت، وإنما ورث هذا حق التملك فيملك ابتداءً. وذكر هذا الوجه في الصيد المتعلق بشبكة نصبها قبل موته، ولكنه أبعد فيه.

والوجه الثاني: أنه يقضى منه الديون وكأننا نقدر حصول الملك للميت محتطاً، ثم نقدر انتقاله إلى الوارث تلقياً منه.

التفريع: إذا قلنا: يعتق الولد بقبول الوارث فلا يرث؛ لأن القابل إن كان أحياً يصير محجوباً به، فيسقط حقه عن القبول، فيمتنع العتق فيؤدى توريثه إلى منع توريثه. فهو دور فقهي. وإن كان له ابن آخر، فشركته تمنع كمال حقه في القبول، فلا يبقى له إلا قبول النصف. ومن نصفه حر لا يرث، ولا يمكن أن يقبل نصيب نفسه؛ لأن صحة قبوله

موقوف على توريثه، وتوريثه موقوف على صحة قبوله، فيتمانعان.

الباب الثاني: فى أحكام الوصية الصحيحة

والنظر فى أقسام:

القسم الأول: فى الأحكام اللفظية

وفيه فصلان:

الفصل الأول: فيما يتعلق بالموصى به

والكلام فى أطراف:

الطرف الأول: فى الحمل: والوصية بالحمل صحيحة، بشرط أن يكون موجوداً حالة الوصية. ويعرف تاريخ ذلك فى الحيوانات من أهل الخبرة؛ فإنها مختلفة.

فإن انفصل حمل الجارية ميتاً بجناية جان صرف الأرض إلى الموصى له، ولم يتبين فساد الوصية، بخلاف ما إذا أوصى لحمل فانفصل ميتاً بجناية جان لا يصرف إلى ورثته؛ لأن كونه مالكاً يستدعى حياة مستقرة، وكونه مملوكاً لا يستدعى إلا التقويم، وقد يقوم بالأرض.

ولو أوصى بجارية دون حملها جاز. ولو أطلق الوصية: ففى اندراج الحمل تحت مطلق اللفظ تردد. فإن قلنا: يندرج، لم تبطل الوصية فيه بانفصاله قبل موت الموصى؛ لأنه زيادة فى الموصى به.

الطرف الثانى: إذا أوصى بطَبْلٍ من طَبُولِه، وله طبل لهُو وحرب: نزل على طبل الحرب؛ تصحيحاً له.

وإذا أوصى بعود من عيدانه، وعنده عود اللهُو وعود القوس وعود البناء: فوجهان: أحدهما: أنه فاسد؛ لأنه لا يفهم منه إلا عود اللهُو.

والثانى: أنه يعطى عود البناء أو القوس؛ لأنه يسمى عوداً، فيتكلف تصحيحه كما فى الطبل. أما إذا لم يكن عنده إلا عود القوس أو البناء: أعطى ذلك؛ لأنه متعين.

الثالث: إذا أوصى بقوس: حمل على القوس الذى يرمى منه النبل والنشاب، دون قوس الندف والجلاهُق وهو قوس البندق. ويدخل تحته الحسبان فإنه يرمى منه النارك وهو نشاب.

وهل يعطى الوتر مع القوس؟ فيه وجهان. فإن قال: أعطوه قوساً من قسى، ولم يكن عنده إلا قوس ندف أعطى؛ لأنه تعين. وإن كان عنده قوس ندف وجَلاهق، أعطى الجَلاهق؛ لأنه أسبق إلى الفهم.

الطرف الرابع: إذا قال: أعطوه شاة: جاز أن يدفع إليه الكبير والصغير والضأن والمعز؛ لأن الاسم شامل. وقال الصيدلاني: لا يعطى السَّخْلَة، وقال: أراد الشافعي، رضى الله عنه، بالصغير الجَذْعَة.

والمنصوص: أنه لا يعطى الكبش، ومنهم من قال: يعطى؛ لأن الشاة اسم جنس كالإنسان، والتاء فيه ليس للتأنيت، وأصله: الشاهة، وتصغيره: شَوَيْهَة. ولو قال: أعطوه بقرة، لم يُعط ثوراً.

ولو قال: أعطوه جملاً، لم يعط ناقة. ولو قال: أعطوه بعيراً، فالمنصوص: أنه لا يعطى ناقة. ومن أصحابنا من قال: يعطى؛ لأن البعير كالإنسان للرجال والنساء. ولو قال: أعطوه رأساً من الإبل أو الغنم أو البقر، حاز الذكر والأنثى. فإن قال: أعطوه كبَّ أو حماراً، لم يعط الكلبة والحمار؛ فإن الأنثى مميزة فيهما بالتاء.

ولو قال: أعطوه دابة، فالمنصوص: أنه يعطى من الخيل أو البغال أو الحمير، ولا يعطى من الإبل قطعاً.

قال بعض الأصحاب: أطلق الشافعي، رضى الله عنه، ذلك على لغة مُضَر، وفي غيره لا يفهم منه إلا الفرس.

ومنهم من قال: الوضع الأصلي أولى بالمراعاة من العرف الخاص المختص. ولو قال: أعطوه دابة؛ ليقاتل عليه، لم يعط إلا الفرس.

فإن قال: ليحمل عليه، لم يعط إلا بغلاً أو حماراً. ولو قال: لينتفع بنسله، لم يعط إلا فرساً أو حماراً.

الخامس: في العبد: فإن قال: أعطوه رأساً من رقيقى: جاز أن يعطى السَّليم والمعيب، والصغير والكبير، والذكر والأنثى والخُتْنَى. وإن لم يكن عند موته إلا رقيق واحد: تعين ذلك الواحد. فإن مات أرقاؤه أو قتلوا قبل موته: انفسخت الوصية. وإن قتلوا بعد موته، يخير الوارث في صرف قيمة واحد إليه؛ لأن حقه التأكد أو ملكه متعلق به بعد موته، فينتقل إلى القيمة.

فلو قتل كلهم إلا واحداً لم يتعين ذلك الواحد، بل يخير الوارث بين تسليمه وتسليم قيمة واحد.

وفيه وجه: أنه يتعين ذلك الواحد؛ حذراً من العدول إلى القيمة مع الإمكان. وإن قال: أعتقوا عني عبداً، جاز المعيب والسليم.

وفيه وجه: أنه ينزل على ما يجزئ في الكفارة؛ لأن الشرع عادةً في العتق لا في الهبة والوصية، فينزل على عرف الشرع.

فإن أوصى أن يعتق عنه رقاب، فأقله ثلاثة إن وفي الثلث به. فإن لم يف إلا باثنين اقتصر عليه.

فإن وفي باثنين وبعض الثالث، فوجهان: أحدهما: الاختصار على اثنين؛ لأن البعض ليس رقبة. والثاني: أنه يشتري الفضل؛ لأنه أقرب إلى مقصود الموصي.

وعلى هذا لو وجدنا نفيسين، أو خسيسين وشيخاً، فأيهما أولى؟ فيه وجهان: أحدهما: النفيس أولى؛ لقوله عليه السلام لما سئل عن أفضل الرقاب فقال: «أكثرها ثمناً، وأنفسها عند أهلها»^(١). والثاني: الزيادة في عدد الرقبة أولى؛ لقوله ﷺ: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار»^(٢).

ولو قال: أعتقوا عبداً من عبيدي، وله خنتى حكم بكونه رجلاً، ففي إعتاقه وجهان: ووجه المنع: أن اسم العبد مطلقاً لا ينصرف إليه. ولو قال: أعتقوا أحد رقيقى، وفيهم خنتى مشكل: روى الربيع فيمن أوصى بكتابة أحد رقيقه: أنه لا يجوز الخنتى المشكل. وروى المزني: أنه يجوز. واختلف الأصحاب، والأولى ما قاله المزني.

(١) الحديث عن أبي ذر، رضى الله عنه، وهو السائل، أخرجه: البخارى (ح ٢٥١٨)، مسلم (الإيمان ٨٤/٣٦)، ابن ماجه (٢٥٢٣)، أحمد (٣٨٨/٢)، مالك (٥٩٧/٢)، ابن حجر فى تلخيص الحبير (١٣٧٣).

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: أحمد (٤٢٩/٢، ٤٣٦، ١١٣/٤، ٣٢١، ٤٠٤)، البيهقى (٢٧٢/١٠)، الساعاتى فى بدائع اللزن (١١٩٢)، الحميدى (٧٦٧)، الهيثمى فى مجمع الروائد (٢٤٢/٤).

وروى بتقيد الرقبة بالإيمان (رقبة مؤمنة)، فى مواضع كثيرة منها: البخارى (٢٥١٧)، وطرفه (٦٧١٥)، مسلم (١٥٠٩)، الترمذى (١٥٤١)، أحمد (٤٢٠/٢، ٤٢٢، ٣٨٦/٤)، الهيثمى (٢٤٣/٤)، الألبانى فى إرواء الغليل (١٦٨/٦)، وللحديث ألفاظ أخر.

الفصل الثاني: فيما يتعلق بالموصى له

وله أطراف:

الطرف الأول: إذا قال: أعطوا حَمَلَ فلانة كذا، فانت بولدين:

صرف إليهما بالسوية، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى. ولو خرج أحدهما حياً والآخر ميتاً: فالكل للحى.

وفيه وجه آخر: أن له النصف، ونصف الميت يعود إلى الورثة، وهو ضعيف. ولو قال: إن كان حملها غلاماً فأعطوه كذا، فولدت غلامين: لم يستحقا شيئاً؛ فإن الصيغة للتوحيد فى النكرة. وكذا إن جاءت بغلام وجارية.

ولو قال: إن كان فى بطنها غلام فأعطوه كذا، فجاءت بغلام وجارية: أعطى الغلام.

وإن جاءت بغلامين، فأيهما يعطى؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يصرف الوارث إلى أيهما شاء، وله خيار التعيين؛ فإن رأيه يصلح للترجيح. والثانى: يوزع عليهما؛ لتساويهما. والثالث: أنه موقوف بينهما إلى أن يبلغا ويصطلحا.

ولو قال: أوصيت لأحد هذين الشخصين، ففى صحتها خلاف ذكرنا نظيره فى الوقف. فإن صح ومات قبل التعيين، خرج على الأوجه الثلاثة.

الطرف الثانى: إذا أوصى لجيرانه:

صرف إلى أربعين داراً من كل جانب؛ لما روى أبو هريرة أنه رضي الله عنه قال: «حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا، وأشار يميناً وشمالاً وقدماً وخلفاً»^(١). ولو أوصى لقراء القرآن، صرف إلى من يحفظ جميع القرآن. وهل يصرف إلى من يقرأ ولا يحفظ عن ظهر القلب؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ للعموم. والثانى: لا، إذ العرف يخصص بالحفاظ.

ولو أوصى للعلماء، صرف إلى العلماء بعلوم الشرع دون الأطباء والمنجمين والمعبزين والأدباء؛ لأن العرف يخصص.

(١) الحديث أخرجه: الزيلعى فى نصب الراية (٤/٤١٤)، وابن القيسراني فى تذكرة الموضوعات (٤/٥)، وابن حبان فى المجروحين (٢/١٥٠)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٢/٩٣). والألبانى فى السلسلة الضعيفة (٢٧٦). وهو حديث منكر.

ولا يصرف إلى من يسمع الأحاديث فقط ولا علم له بطرق الأحاديث. ولو أوصى للأيتام، لم يدخل فيه من له أب ولا بالغ؛ لقوله ﷺ: «لا يُتَمَّ بعد البلوغ»^(١). وفي الغنى وجهان.

وإن أوصى للأرامل، دخل فيه من لا زوج لها من النساء. وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ للعرف. والثاني: نعم؛ للوضع^(٢)؛ إذ قد يسمى الرجل أرمل.

قال الشاعر:

كلُّ الأرامِلِ قد قَضَيْت حاجته فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟
وهل يدخل الغنى^(٣)؟ فيه وجهان كما في اليتيم. ولو أوصى للشيوخ، أعطى من جاوز الأربعين. ولو أوصى للفتيان والشبان، أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين. وإن أوصى للصبيان والعلمان، صرف إلى من لم يبلغ؛ اتباعاً للعرف في هذه الألفاظ.

الطرف الثالث: فيما إذا أوصى للفقراء:

جاز أن يصرف إلى المساكين. وللمساكين جاز أن يصرف إلى الفقراء؛ لأن كلا الاسمين يطلق على الفريقين. وإن قال: للفقراء والمساكين، جمع بينهما. وإن أوصى لسبيل الله، فهو للغزاة أو للرقاب. وإن أوصى للرقاب، فهو للمكاتبين. ثم لا أقل من استيعاب ثلاثة من كل نفر، ولا يجب التسوية بين الثلاثة. ولو أوصى لثلاثة معينين، يجب التسوية بينهم. ولو أوصى لزيد وللفقراء، قال الشافعي، رضى الله عنه: القياس أنه كأحدهم.

(١) الحديث بلفظ: «لا يتم بعد احتلام»، أخرجه: أبو داود (الوصايا ب، ٩)، البيهقي (٥٧/٧)، الطبراني في الكبير (١٦/٤)، وفي الصغير (٩٦/١)، الزيلعي (٢١٩/٣)، السيوطي في الدر المنثور (٢٨٨/١)، الطحاوي في مشكل الآثار (٢٨٠/١)، العجلوني في كشف الحفا (٥١٧/٢)، المتقي في كنز العمال (١٥٠٥٤)، ابن حجر في فتح الباري (٣٨٢/٩)، وفي تلخيص الحبير (١٠١/٣)، الألباني في إرواء الغليل (٧٩/٥).

(٢) والوجه الثاني: يصح دخول من لا زوجة له من الرجال في وصية الأرامِل، وذلك لأن البعة تشمل «الأرامل»، جمع: «أرمل»، وهو: المحتاج، وهو العزب، وهو من ماتت زوجته، وهي «أرملة»، جمع أرملة، انظر: المعجم الوسيط (٣٧٤/١).

(٣) قد يحتاج الغنى، فيكون بحاجة أرمل وذو الحاجة أحد الذين وضع لهم لفظ أرمل في اللغة، واللفظ مقدمة على العرف كما هو مقرر في الأصول.

فمنهم من قال: معناه: أنه لو أعطى خمسة من المساكين فيعطيه السئس، أو أعصى ستة فيعطيه السبع؛ ليكون كأحدهم.

ومنهم من قال: أن يعطيه أقل ما يتمول؛ إذ ما من أحد إلا وله أن يعطيه أقل ما يتمول.

ومنهم من قال: يعطيه الربع؛ لأن أقل عدد المساكين الثلاثة، فالقصر عليه وعلى ثلاثة يقتضى له الربع.

ومنهم من قال: يصرف إليه النصف، وإلى الفقراء النصف؛ لأنه قابله بهم.

ولو قال: لزيد دينار، وللفقراء ثلاثة، لم يعط زيدا شيئا آخر وإن كان فقيرا؛ لأنه قطع الخيرة بتنصيبه.

أما إذا أوصى للعلوين والهاشميين، أو بنى طى، وبالجمللة قبيلة عظيمة، ففي الصحة قولان:

أحدهما: نعم، ثم أقل الأمر أن يعطى ثلاثة كما للفقراء. والثاني: لا؛ إذ هم محصورون، ولا يمكن استيعابهم ولا عرف للشرع فى تخصيصهم بثلاثة، بخلاف الفقراء.

الطرف الرابع: لو أوصى لزيد وجبريل:

كان لزيد النصف، ويظل الباقي. ولو قال: لزيد وللريح أو للرياح، فوجهان: أحدهما: أنه له النصف، كما سبق فى جبريل. والثاني: له الكل؛ إذ الإضافة إلى الرياح لغو. وإن أوصى لزيد ولله تعالى، فوجهان:

أحدهما: له الكل، وكان ذكره لله تأكيد لقربه، كقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذى القربى﴾ [الأنفال: ٤١].

والثاني: أن النصف له والباقي للفقراء؛ لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء. ولو قال: لزيد وللملائكة، أو لزيد وللعلوية، وقلنا: لا يصح للعلوية.

ففى قدر ما يصرف إلى زيد الخلاف الذى ذكرناه فى قوله: لزيد وللفقراء ويظل فى الباقي.

الطرف الخامس: لو أوصى لأقارب زيد:

دخل فيه الذكور والإناث، والغنى والفقير، والمحرم وغير المحرم، وقربة الأب

وقرابة الأم، إلا إذا كان الرجل غريباً فلا تدخل قرابة الأم؛ لأنهم لا يعدون ذلك قرابة. ولو قال: لأرحام فلان، دخل فيه قرابة الأم مع قرابة الأب؛ إذ لا تخصيص لهذا الاسم. ومن الأصحاب من قال: لفظ القرابة كلفظ الرحم في حق العربي كما في حق العجمي، ولم يثبت من العرب هذا التخصيص.

واختلفوا في ثلاثة أمور: أحدها: في دخول الأصول والفروع، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا يدخلون؛ إذ الوصية للأقارب، والأب والابن لا يسمى قرابة. والثاني: نعم؛ لأنهم من الأقارب وإن كان لهم اسم أخص. والثالث: أنه لا يدخل الأب والابن، ويدخل الأحفاد والأجداد.

الأمر الثاني: أن الوارث لا يدخل إذا أوصى لأقارب نفسه؛ إذ لا وصية لوارث وكأنهم خارجون بحكم القرينة. ومنهم من قال: يدخلون، ثم تبطل الوصية في نصيبهم وتبقى في الباقي.

الأمر الثالث: أن قبائل العرب تتسع، فتكثر فيها القرابات إن ارتقينا إلى أولاد الأجداد العالية. فقال أبو يوسف: يرتقى إلى أجداد الإسلام ولا يزيد عليه، وهو بعيد. وقال الشافعي، رحمه الله: يرتقى إلى أقرب جد ينسب هو إليه ويعرف به. وذكر الأصحاب في مثله، أنه لو أوصى هو لقرابة الشافعي، رضى الله عنه، صرفنا إلى بنى شافع، لا إلى بنى عبد مناف وبنى عبد المطلب وإن كانوا أقارب.

وهذا في زمانه، أما في زماننا لا يصرف إلا إلى أولاد الشافعي، ولا يرتقى إلى بنى شافع؛ لأنه أقرب من عرف به.

الطرف السادس: إذا أوصى لأقربهم قرابة لفلان: صرف إلى الأقرب:

وفيه مسألتان: إحداهما: أن الأب والأم والابن والبنت يدخلون؛ لأنه لا يبعد تسميتهم أقرب الأقارب.

ثم لا تفضيل بذكورة وأنوثة بل يستوى فيه الأب والأم والابن والبنت. ولا يتبع الوراثة، بل أولاد البنات يقدمون على أحفاد البنين؛ لمزيد القرب إلا إذا اختلفت الجهة كالأحفاد وإن سفلوا يقدمون على الإخوة، وبنو الإخوة وإن سفلوا يقدمون على الأعمام؛ لأن العرف يقضى بأنهم أقرب. وابن الأخ من الأب والأم مقدم على ابن ابن الأخ من الأب والأم، لأن جهة الأخوة واحدة.

ولا شك في أن الأخ المدلى بجهتين مقدم على المدلى بجهة واحدة. ولا فرق بين الأخ

للأم والأخ للأب، ولا بين الأخ والأخت.

الثانية: الجدة، أبُ أبٍ، مع الأخ، فيه قولان: أحدهما: أنهما يستويان؛ للاستواء فى القرب. والثانى: الأخ أولى؛ لأن قرابة البنوة أقوى.

وكذا الخلاف فى أب الأم مع الأخ للأم. وأب الأب مع ابن الأخ للأب، فيه قولان: أحدهما: الجدة أولى؛ لقربه. والثانى: ابن الأخ أولى؛ لقوة البنوة.

القسم الثانى من الباب: فى الأحكام المعنوية

وفيه فصول:

الفصل الأول

فى الوصية بمنافع الدار والعبد وغَلَّةِ الستان وثمرته

وهى صحيحة، نص الشافعى، رضى الله عنه، عليه، وسوى بين الثمار والمنافع. وحقيقة هذه الوصية عندنا تمليك المنافع بعد الموت، حتى يورث عن الموصى له إذا مات ويملك الإجارة ولا يضمن إذا تلف فى يده العبد كما لا يضمن المستأجر، وعند أبى حنيفة، رحمه الله، هى عارية لازمة لا ملك فيها.

وفيه مسائل:

الأولى: فيما يملكه الوارث: ولا شك فى أنه ينفذ عتقه، ولكن لا يجزئه عن الكفارة إن لم تكن الوصية مؤقتة. وفيه وجه آخر: أنه يجزئ. ثم إذا نفذ العتق بقى حق الموصى له فى الانتفاع، ولا يجد العبد مرجعاً على الوارث، بخلاف عتق العبد المستأجر؛ لأن البدل ثم رجع إلى المعتق، وهاهنا لم يوجد بدل هذه المنفعة. وأما الكتابة، ففيها وجهان: أحدهما: لا؛ إذ لا كسب له. والثانى: نعم؛ تعويلاً على الصدقات.

وأما البيع: فإن كانت الوصية مؤقتة خرج على بيع العبد المستأجر. وإن كانت مؤبدة فالظاهر المنع؛ لأنه معجوز عن التسليم أبداً، إلا أن يبيع من الموصى له.

وفيه وجه آخر: أنه ينفذ البيع؛ لنقل ما يملكه، ويتسلط المشتري على إعتاقه وجلب الولاء فيه. أما إذا أوصى بتسليم الشاة، صح بيع الشاة لبقاء منفعة الصوف والوبر للمالك. وإنما الخلاف إذا لم يبق منفعة أصلاً فيضاهى مالا منفعة له حساً.

المسألة الثانية: فى منافعتها:

وهى للموصى له أبداً، ويدخل فيه أكساب العبد باحتطاب واصطياد. ولا تدخل منفعة البضع، بل يصرف بدله إلى المالك؛ لأن مطلق اسم المنفعة لا يتصرف إليه، مع أنه

لو أوصى بها صريحاً لم يصح. وقال العراقيون: البذل له؛ فإنه من المنافع.

ولا خلاف في امتناع الوطاء على الموصى به؛ لعدم ملك الرقبة وعسى الوارث، إلى هلاك حق الموصى له بالطلاق كما في الراجح.

فإن كاتب وإن كانت صغيرة أو آيسة، فقد قيل: يجوز في الرهن فهو حر هاهنا أيضاً. وأما تزويجها فهو جائز؛ لكسب المهر، وفي مصرف المهر ما ذكرناه.

وفي من يتولى العقد ثلاثة أوجه: أحدها: الوارث؛ للملكة الرقبة، ثم لا بد من رضا الموصى له، فإن فيه نقصان حقه وضرره، وهذا هو الصحيح. والثاني: أن الموصى له يستقل به، وهو مذهب من يقول: المهر له. والثالث: يستقل به المالك.

وأما التزويج من العبد، فيظهر استقلال الموصى له؛ لأن حق منع العبد لا لقصور في أهليته ولكن لضرر تعلق الحقوق بالأكساب، والموصى له هو المتضرر. وأما ولد الجارية، فالصحيح: أنه لا حق للموصى له فيه؛ لأنه يتبع الملك.

ومنهم من قال: هو ملك الموصى له؛ لأنه أيضاً من المنافع، وهو بعيد. ومنهم من قال: هو أسوة الأم، ملك الرقبة للوارث، وملك المنفعة للموصى له.

وهو أيضاً بعيد؛ لأن استحقاق المنفعة لا يسرى إلى الولد كما في الإجارة. وأما ما يكتسبه بالانتهاب، ففي مصرفه وجهان:

أحدهما: أنه للموصى له، كما في الاحتطاب. والثاني: للمالك؛ فإنه لم يتصرف إليه عمل مقوم؛ والسبب انعقد للعبد، والمالك يتلقى الملك للملك الرقبة.

الثالثة: في نفقته ثلاثة أوجه:

القياس: أنه على الوارث؛ نظراً إلى الملك، فإن أراد الخلاص فليعتق. والثاني: أنه عسى الموصى له؛ لأنه يستحق المنافع على الدوام، فكان كزوج الأمة. والثالث: أنه في كسبه، فإن لم يف فعلى بيت المال، وإليه ذهب الإصطخري. وقد اختلفوا في أن الموصى له هل ينفرد بالمسافرة به؟

والظاهر: أنه يملك؛ إذ به كمال الانتفاع، ولذلك يتمتع على الوارث المسافرة قطعاً بخلاف سيد الأمة المزوجة.

والثاني: أنه لا يملك كما لا يملك يملك زوج الجارية؛ مراعاة لحق المالك، فلا يجوز إلا بالتراضي كالتزويج على ظاهر المذهب.

الرابعة: إذا قُتِلَ، فللوارث استيفاءُ القصاص، وَيَحْبُطُ حقُّ الموصى له:

وإن وقع الرجوع إلى القيمة، ففيه وجهان: أحدهما: أنه للوارث؛ فإنه بدل ملكه، وقد انقضى عمره فانقطع حق الموصى له. والثاني: أنه يُشْتَرَى به عبدٌ، ويجعل بمثابة بينهما في الملك والمنفعة.

وفيه وجه آخر: أنه يختص به الموصى له، وكأن ماله مستغرقة بحقه، إذ لم يبق له قيمة في حق المالك، وهو بعيد. وفيه وجه رابع: أنه يوزع على قيمة المنفعة وقيمة الرقبة مسلوقة المنفعة، ويقسم بينهما.

أما إذا قطع طرفه: فالذي قطع به الأصحاب وذكره الأكثرون: أنه للوارث وجهاً واحداً.

أما إذا جنى هو على غيره، فيباع من أرش الجناية، فإن فداه السيد استمر حق الموصى له.

وإن فداه الموصى له، فهل يجب على المحنى عليه قبوله، فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه أجنبي عن الرقبة، ومتعلق الحق الرقبة. والثاني: نعم؛ لأن له غرضاً في بقاء الرقبة كما للسيد.

الخامسة: في كيفية احتسابه من الثلث، وجهان:

أحدهما: أنه يعتبر جملة قيمة العبد؛ إذ لم يبق له قيمة، فكأنه أوصى بالعبد. والصحيح: أنه يعتبر ما نقص من قيمته؛ إذ لا بد وأن يبقى له قيمة؛ طمعا في إعاقته وولائه.

أما إذا كانت المنفعة الموصى بها مؤقتة، فطريقان:

أحدهما: طرد الوجهين. والثاني: أنه يعتبر أجرة المثل، وهو بعيد؛ لأن المنفعة التي تحدث بعد الموت فليس مفقوداً لها من ملكه، بل لا يتجه إلا اعتبار ما ينقص من قيمته بسبب الوصية.

التفريع: إذا اقتضى الحال أن يرد بعض الوصية كسدسها مثلاً؛ لزيادتها على الثلث، فينقص من المدة المقدرة بسدسها من أجرها، أو يخرج سدس العبد في جملة المدة عن الوصية؟ فيه وجهان، الأسد: أنه يخرج سدس العبد؛ لأن الأجرة تختلف باختلاف المواقيت.

الفصل الثاني: فى الوصية بالحج

والحج ثلاثة أنواع:

الأول: التطوع: وفى صحة الوصية به وجهان يتيان على أن النيابة هل تنطرق إليها؟ والصحيح: أنها تنطرق إليه؛ اقتداء بالأولين فى فعلهم فتحسب الوصية به من الثلث.

وفيه فرعان: أحدهما: أن مطلقه يقتضى حجة من الميقات أو من ديرة أهله؟ اختلفوا فيه؛ لتردد اللفظ بين أقل الدرجات وبين العادة.

الثانى: أنه هل تقدم الوصية بحج التطوع على سائر الوصايا؟ حكى فيه قولان، ولا وجه للتقديم، إلا أن حق الله تعالى على رأى يقدم على حق آدمى، حتى إن أوصى بالصدقة مع حج التطوع لم يُحتمل التقديم. نعم، لو أوصى بحجة مندورة احتمل التقديم على الوصايا؛ لتأكدتها بال لزوم.

الثالث: حجة الإسلام:

ولا حاجة فيها إلى الوصية؛ إذ كانت قد لزمت فى الحياة، بل يخرج عندنا من رأس ماله وإن لم يوص، خلافا لأبى حنيفة، رحمه الله. وهو عندنا كالزكاة؛ فإنها لا تسقط بالموت.

فروع ثلاثة: الأول: إذا أوصى بحجة الإسلام فلا فائدة له، إلا إذا قال: حجوا عنى من الثلث.

فائدته: مزاحمة الوصايا من الثلث به، ثم إن لم يخص الحج بعد المضاربة ما يفى به، كمل من رأس المال.

ومنهم من قال: إذا لم يفضل من حجة الإسلام شىء من الثلث فلا شىء للوصايا، بل فائدته الإضافة إلى الثلث.

الفرع الثانى: إذا قال: أوصيت بأن تحجوا عنى، ولم يضيف إلى الثلث. ففى مزاحمة الوصايا به فى الثلث وجهان، ووجهه: أن لفظ الوصية مشعر به. ولو زاد وقال: وأعتقوا عنى وتصدقوا، فوجهان مرتبان، وأولى بالمزاحمة؛ لأنه قرينة بما ينحصر فى الثلث.

الثالث: إذا قال: أحجوا عنى فلانا بأنف، وهو زائد على أجر المثل، فوجهان:

أحدهما: أنه يحج بأجر المثل؛ لأن مقصوده الحج، والزائد لا حاجة إليه. والثاني: أن الزيادة وصية لمن يحج؛ ليحسن الحج، فيصرف إليه إن وفى به الثلث.

أما إذا قال: اشتروا بمائة درهم عشرة أقفزة حنطة وتصدقوا بها، فوجدنا أحوذ الحنطة بثمانيتين، فتلاثة أوجه:

أحدها: أن الزيادة وصية لبائع الحنطة، وهو بعيد؛ فإن ذلك لا يقصد بخلاف الإحسان إلى من يحج. والثاني: أنه يشتري به حنطة زائدة؛ لأن مقصوده التصديق بمائة وصرفه إلى الحنطة. والثالث: أنه يرد على الورثة؛ لأن مقصوده عشرة أقفزة من الحنطة، وقد تصدق بها.

الثالث: الحجة المنذورة، والصدقة المنذورة، والكفارات:

وفيها ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يخرج من رأس المال؛ لأنها لزمته كحجة الإسلام، فلا حاجة إلى الوصية. والثاني: أنها كالتطوعات، فإن أوصى بها أخرج من الثلث؛ لأنه لو فتح هذا الباب لاستغرق بالتذور جميع أمواله ثم يخرجه إلى ما بعد الموت. والثالث: أنها تؤدي من الثلث وإن لم يوص، وكأن نذره تبرع به وقد أخر أداؤه إلى الموت، فصار النذر نفسه كالوصية.

فإن قيل: ما الذي يقع عن الميت بعد موته دون إذنه؟ قلنا: الدعاء والصدقة وقضاء دينه.

أما الدعاء: فقد قال عليه السلام: «إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا في ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»^(١).

وأما الصدقة: فقد قال سعد بن أبي وقاص: يا رسول الله؛ إن أمي أصممت، ولو نطقت لتصدقت، أفينفعها إن تصدقت عنها؟ قال عليه السلام: «نعم»^(٢). وقد قال بعض

(١) الحديث سبق تخريجه، وانظر: صحيح مسلم (١٦٣١)، أبو داود (٢٨٨٠).

(٢) الحديث عن عائشة، رضى الله عنها، والسائل فيه مبهم قالت: «أن رجلاً قال»، البخاري (٢٧٦٠)، مسلم (١٠٠٤/٥١)، وعن ابن عباس، رضى الله عنه، وفيه أن السائل هو سعد بن عبادة، وليس سعد بن أبي وقاص، كما ذكر للمصنف، أخرجه: البخاري (٢٧٦١)، مسلم (ح) (١٦٣٨)، أبو داود (٣٣٠٧)، الترمذي (١٥٤٦)، النسائي (٢٥٣/٦، ٢٥٤، ٢١/٧)، ابن ماجه (٢١٣٢)، أحمد (٢١٩/١، ٣٧٠)، مالك (٤٧٢)، البيهقي (٢٧٨/٦، ٢٥٦/٤)، الطبراني (٢٠/٦)، ابن عبد البر في التمهيد (٢٤/٩)، ابن أبي شبة (٣٨٧/٣)، الحميدي (٥٢٢)، البغوي في شرح السنة (٨٠/١٠)، المتقي في كنز العمال (٤٦٥٦٨).

الأصحاب: إنه يرجى أن يناله بركته، ولكن لا يلتحق بصدقاته التي أداها.

أما إذا أعتق عنه، لا يقع عنه ويكون الولاء للمعتق، سواء كان المعتق وارثاً أو لم يكن؛ لأن إلحاق الولاء قهراً لا وجه له.

أما الديون اللازمة: إذا قضيت وقعت عنه وإن قضاها الأجنبي. قال رسول الله ﷺ: «لعلى، رضى الله عنه، لما قضى دين ميت: «الآن بردت جلده على النار»^(١).

أما الكفارات: فإن أخرجها الوارث عنه ولم يكن أوصى به وقعت موقعها؛ وإن أخرجها أجنبي فوجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا خلافة له، وهذه عبادة فلا بد من نيته أو نية من هو خليفته شرعاً. والثاني: نعم؛ لأنه دين لازم غلب فيه معنى الديون، ولذلك يستقل به أحد الورثة وإن لم يستقل بحملة الخلافة. أما العتق في كفارة اليمين حيث لا يتعين، ففي إخراج الوارث وجهان.

وفي إخراج الأجنبي وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يقع عنه؛ لأنه يضاهي التبرع من وجه، وقد ذكرنا منع التبرع عن الميت بالإعتاق.

ولو أوصى بالعتق والكفارة بخيرة، ولم يف الثلث بالزيادة لا ينفذ؛ لأنه مستغنى عنه فكان متبرعاً. أما الصوم: فلا يقع عنه؛ لأنه عبادة بدنية كالصلاة. وقال الشافعي، رضى الله عنه، في القديم: يصوم عنه وليه.

الفصل الثالث: في فروع متفرقة

الأول: المريض إذا ملك قريبه في مرض الموت. نظر: فإن ملك بالإرث: عتق عليه من رأس المال، وإن ملك بالشراء عتق عليه من الثلث، فإن كان عليه دين مستغرق لم يعتق أصلاً.

وإن ملك بوصية أو اتها ب، فوجهان: أحدهما: من رأس المال؛ لأنه حصل بحائناً كالإرث، فكانه لم يحصل. والثاني: من الثلث؛ لأنه حصل بالاختيار.

التفريع: لو اشترى ابنه الذي يساوى ألفاً بخمسمائة: فالقدر الذي يقابل المحاباة

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٢٩٥)، أبو داود (٣٣٤٣)، السائي (١٩٦٠: ١٩٦٢)، أحمد (٣٣٠/٣)، الدارقطني (٧٩، ٧٨/٣)، البيهقي (٧٣، ٧٢/٦)، تليحيص الحبير لابس حجر (١٢٥٢، ١٢٥٣).

كالملوهور؛ لأنه حصل بجاناً، ومهما عتق من الثلث لم يرث؛ إذ لو ورث لانتقلب العتق له وصية لوارث وبطل. وإذا أعتق من رأس المال في صورة الإرث ورث؛ لأنه وقع مستحقاً.

وقال الإصطخري: لا يرث كما لو نكحت بأقل من مهر المثل، فإنه يقال: إن المحابة وصية للزوج الوارث إلا إذا كان الزوج رقيقاً أو مسلماً.

وهذا الاستشهاد غير صحيح، بل تنفذ المحابة بالبضع، سواء كان الزوج وارثاً أو لم يكن؛ لأنه ليس بمال.

الثاني: لو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي: لم يفتقر إلى قبول العبد؛ لأن حق الله تعالى غالب في العتق. ولو قال: أوصيت لعبدي بربيته، ففي الافتقار إلى قبوله وجهان. ولو أعتق ثلث عبده بعد موته وفي المال متسع لم يسر العتق؛ لأنه بعد الموت معسر والمال لغيره. وهذا لا يخلو عن احتمال ولكن النقل ما ذكرته.

أما إذا أعتق جاريته بعد موته وهي حامل سري إلى الجنين؛ لأنه في حكم عضو لا ينفصل.

ولو استثنى وقال: أنت حرة إلا جنينك، ففي صحة الاستثناء وجهان، وخرج وجه من صحة الاستثناء: أنه إذا أطلق لا يسرى؛ لأنه تصور الانفصال، وعتق الميث لا يسرى.

الثالث: أوصى بعبد لرجلين: يعتق على أحدهما بالقرابة. فإن قبلاه معاً عتق على القريب وغرم للثاني نصيبه إن كان موسراً وسرى.

وإن قبل القريب أولاً سري، ثم يغرم للوارث إن رد الأجنبي، ويغرم للأجنبي إن قبل الأجنبي. وإن قبله الأجنبي أولاً وأعتقه، فإن لم يقبل القريب استمر عتقه. وإن قبل فإن قلنا: ملك الموصي له يحصل بموت الموصي، فقد بان أنه كان قد عتق وسرى. وعتق الأجنبي صادق خراً فيغرم القريب للأجنبي. وإن قلنا: يحصل بالقبول، فقد عتق الكل على الأجنبي فيغرم الأجنبي للقريب.

الرابع: أوصى له بثلاث دار فاستحق ثلثها، فوجهان: أحدهما: يسلم له كل ثلثه؛ ميلاً إلى تصحيح الوصية. والثاني وهو اختيار ابن سريج: أنه يصح في ثلث ذلك الثلث؛ لأن أصل الوصية شاع في الأثلاث الثلاثة.

الخامس: إذا منعنا نقل الصدقات، فقي نقل ما أوصى للمساكين إلى بلدة أخرى وجهان.

ووجه الفرق: أن الزكوات دائرة متكررة تمتد إليها أطماع الحاضرين بخلاف الوصايا.

القسم الثالث من الباب: في الأحكام الحسائية

وفيه مسائل: الأولى: إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد، صرف إلى الموصى له النصف؛ حتى يكونا متماثلين.

وإن كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما، صرف إليه الثلث، وإن كانوا ثلاثة فالربع. وبالجمله تراعى المماثلة عندنا بعد القسمة.

وقال مالك، رحمه الله: هو وصية بحصة الابن قبل القسمة، فإن كانوا اثنين فهو وصية بالنصف، وإن كانوا ثلاثة فهو وصية بالثلث. وهو ضعيف؛ لأن ما ذكرناه محتمل، وهو الأقل فيؤخذ به. ولو أوصى بنصيب ولده، كان كما لو أوصى بمثل نصيب ولده. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: هو باطل؛ لأنه وصية بالمستحق. وهو ضعيف؛ لأنه إذا قال: بعث بما يباع به فلان فرسه صح، وكان معناه بمثله.

ولو كان له ابنان فقال: أوصيت لك بمثل نصيب ابن ثالث لو كان: لا يعطى إلا الربع، وكان ذلك الابن المقدر كائن. وفيه وجه: أنه يعطى الثلث، وكأنه قدره مكانه.

الثانية: إذا أوصى بضعف نصيب أحد ولديه، أعطى مثله مرتين. فلو كان له ابنان، قسم المال من أربعة لكل ابن واحد، وله سهمان. ولو أوصى بضعفيه، أعطى مثله ثلاث مرات. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: أعطى مثله أربع مرات.

والخاصل: أنا نضعف الزيادة دون المزيد عليه، فإذا كان الضعف: أن يزداد على سهمه مثله، كان الضعفان: أن يزداد عليه مثلاه. وهو محتمل، وهو الأقل فينزل عليه.

الثالثة: إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته، أعطى مثل أقلهم نصيباً بعد العول إن كانت المسألة عائلة.

الرابعة: إذا أوصى بحظ أو سهم أو قليل أو كثير، جاز التنزيل على أقل ما يتمول والرجوع به إلى الموصى.

فقال أبو حنيفة، رحمه الله: ينزل السهم على السلس. وهو تحكم. وكذلك إذا أوصى بالثلث للأشياء جاز التنزيل على أقل ما يتمول.

وقال الأستاذ أبو منصور: ينزل على النصف وزيادة؛ إذ الاستثناء ينبغي أن ينقص عن النصف. وهو خلاف نص الشافعي، رضى الله عنه، فى الإقرار إذا قال: لفلان على عشرة إلا شيئاً.

الخامسة: إذا أوصى بثلاث ماله ومات عن ابنين وبتتين. فلتصحیح المسألة بالحساب طريقان:

أحدهما: أن تصحح مسألة الوصية وينظر إلى ما بقى بعد إخراج سهم الوصية، فإن انقسم على الورثة فقد صحت المسألتان. وإن لم ينقسم ولم يوافق ضربت مسألة الورثة فى مسألة الوصية، ومنها تصح.

وإن وافق ضربت جزء الوفق من مسألة الورثة فى مسألة الوصية، ومنها تصح.

بيانه فى مسألتنا: أن مسألة الوصية من ثلاثة أسهم، سهم للموصى له، بقى سهمان ولا ينقسم على ستة، إذ مسألة الفريضة من ستة، ولكن توافق بالنصف فيضرب نصف الستة فى الثلاثة، فتصير تسعة وقد صحت المسألتان.

الطريقة الثانية: أن تصحح مسألة الوصية وينسب جزء الوصية منها إلى ما يبقى منها بعد إخراج الجزء، وتزيد مثل نسبته على مسألة الورثة.

بيانه: أن مسألة الوصية من ثلاثة فيما فرضناه والجزء الموصى به الثلث، وهو سهم، ونسبته إلى الباقي أنه مثل نصفه، فيزيد على مسألة الورثة مثل نصفها، وهى من ستة ونصفها ثلاثة، فتصير تسعة، وتصح المسألتان.

السادسة: إذا أوصى بما يزيد على الثلث وردت الوصايا، قسم الثلث بين أصحاب الوصية على نسبة تفاوتهم حالة الإجارة.

فلو أوصى لإنسان بالنصف وآخر بالثلث، فالمسألة من ستة: لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان، وبمجموع مالهما خمسة، والتفاوت بينهما بالأخماس: فإذا أردت قسمة الثلث على نسبة الأخماس فاطلب مالا لثلاثة خمس، وذلك بأن تضرب ثلاثة فى خمسة فتصير خمسة عشر.

فالثالث خمسة يعطى صاحب النصف منها ثلاثة، وصاحب الثلث سهمان؛ ليحصل التفاوت.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يختص بالرد السلس الزائد على الثلث من نصيب صاحب النصف، ويبقى التساوى بينهما فى الثلث.

أما إذا أجزى بعض الوصايا ورد البعض فطريق تصحيحه ما ذكرناه فى المذهب البسيط مع الحساب فى الوصية يجزء من المال بعد إحراج نصيب أحد الأولاد. والحساب فى الاستثناء على أكمل وجه فليراجعه من رغب فيه، فإن هذا الكتاب لا يحتمل استقصاءه.

الباب الثالث: فى الرجوع عن الوصية

وهو جائز؛ لأنه عقد تبرع ولا قبض فيه، فإذا لم تلزمه الهبة قبل القبض فهذا قبل الموت، والقبض أولى.

والرجوع بأربعة أسباب:

السبب الأول: صريح الرجوع: كقوله: نقضت، وفسخت، وما يضاهيه. ومن الصريح قوله: هذا لورثتى، أو هو ميراث عني، أو حرام على الموصى له. ولو قال: هو تركتى، فالأصح: أنه ليس برجوع؛ لأن الوصية من التركة أيضًا.

السبب الثانى: التصرفات المتضمنة للرجوع: كالبيع والهبة مع القبض، والعق، والكتابة، والتدبير؛ فإن من ضرورة تنفيذها الرجوع عن الوصية.

فروعان: أحدهما: إذا أوصى لزيد ثم أوصى لعمرى بعين ذلك الشيء: لم يكن ذلك رجوعًا، بل احتمال التشريك، فينزل عليه؛ أخذًا بالأقل، واستصحابًا لما سبق، فهو كما لو قال: أوصيت لهما على الجمع.

ولو قال: ما أوصيت به لزيد فقد أوصيت به لعمرى، فهذا رجوع فى ظاهر المذهب. ولو أوصى بأن يكاتب أو يعتق أو يباع بعد موته فهو رجوع؛ لأنه ليس من جنس الأول حتى يحمل على التشريك، ولذلك لا ينتظم الجمع بينهما فى صيغة التشريك بأن يقول: أوصيت به وأعنته.

الثانى: إذا أوصى بثلاث ماله ثم باع جميع ماله: لم يكن رجوعًا؛ لأن الثلث المطلق لا ينحصر فى الأعيان والبيع يتناول العين، ولذلك لو هلك جميع ما ملك حال الوصية وتجدد من بعده شيء، استحقه الموصى له.

السبب الثالث: مقدمات الأمور المنذرة بالرجوع: كالعرض على البيع والرهن قبل القبض والقبول، والهبة قبل القبض والقبول. الظاهر: أنه رجوع؛ لدلالته على قصد الرجوع. وفيه وجه: أنه ما لم يتم لا يتم الرجوع.

أما إذا زوج العبد الموصى به، أو الأمة الموصى بها، أو أحدهما، أو علمهما صنعة أو

ختنهما: لم يكن ذلك رجوعاً.

فرعان: أحدهما: أنه إذا وطء وعزل: لم يكن رجوعاً وإن أنزل. قال ابن الحداد: هو رجوع؛ لأن التسرى يناقض قصد الوصية. ولو حلف أن لا يتسرى لا يحث إلا بالإنزال. فلو وطء وعزل لم يحث. ومنهم من قال: ما لم يحصل العلوق لا يتم الرجوع، فهو كالعرض على البيع ونظائره.

الثاني: أوصى له بمنفعة داره سنة، ثم أجزاها سنة وانقضت مدة الإجارة قبل موته: صرف إليه سنة. فإن مات وصارت السنة الأولى مستغرقة بالإجارة، فوجهان:

أحدهما: أنه لا حق للموصى له؛ لأنه أوصى له بالسنة الأولى وقد استوفاهما المستأجر. والثاني: أنه يسلم إليه؛ لأن السنة الأولى لم تشترط للموصى له، وإنما تُعَيَّنُ بحكم البدار إلى التوفية، فإذا منع مانع من البدار تسلم إليه بعده.

السبب الرابع: التصرفات المبطللة اسم الموصى به: كما لو أوصى بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بحنطة فطحنها، أو دقيق فعمجنه، أو عجين فخبزه: فالكل رجوع؛ لدلالة قصده وزوال الاسم.

فروع: الأول: إذا أوصى بخبز فجعله فتيماً، أو بلحم فقدره، أو برطب فجففه، أو بثوب فقطع منه قميصاً، أو بخشب فاتخذ منه باباً. ففي الكل وجهان، ووجه بقاء الوصية: أن الاسم الأول يجوز إطلاقه بوجه ما.

الثاني: إذا أوصى بدار فهدمها: إن لم يبق اسم الدار فهو رجوع. وإن انهدمت ولم يبق اسم الدار فوجهان، ووجه البقاء: أنه لم يوجد من جهته قصد الرجوع وما يدل عليه.

وقياس هذا: أنه لو طحنت الحنطة وغزل القطن بغير إذنه لا تنفسخ الوصية وحيث لا تنفسخ ففي بقاء الحق في النقص خلاف ذكرناه.

الثالث: لو بنى أو غرس في العرصة الموصى بها، فثلاثة أوجه: أحدها: أنه رجوع لأن البناء غير داخل في الوصية، وهو للتخليد. والثاني: لا؛ فإنه انتفاع مجرد. والثالث: أنه رجوع عن المغرس وأُسِّ الجدار، حتى لو تجنى لم يرجع أيضاً إلى الموصى له، وليس رجوعاً عما عداه.

والرابع: إذا أوصى بصاع حنطة وخلطه بغيره، فرجع إذا تعذر به التسليم. وإن أوصى بصاع من صبرة وخلطه بمثله فليس برجوع؛ لأن الغرض لا يختلف. وإن خلص

بالأجود فرجوع؛ لأنه حدث زيادة لم يتناولها الاستحقاق. وإن خلط بالأردأ، فوجهان: أحدهما: أنه رجوع، كالأجود. والثاني: لا؛ فإنه تعيب فينزل منزلة تعيب الموصى به.

الخامس: لو نقل الموصى به إلى موضع بعيد عن الموصى له، ففيه وجهان.

السادس: لو أوصى بقطن ثم حشى به فرشه، ففى كونه رجوعاً وجهان. ووجه التردد فى هذه المسائل لا يخفى مأخذها، والله أعلم.

الباب الرابع: فى الوصياء والنظر فى أركان الوصاية وأحكامها النظر الأول: فى الأركان

وهى أربعة:

الركن الأول: الوصى^(١)

وله ستة شرائط: الأول: التكليف: فلا يصح الوصاية إلى مجنون وصبى؛ فإنهما محتاجان إلى الوصى يفوض إليهما.

الثانى: الحرية: فلا يفرض إلى عبد؛ لأنها ولاية، والرق ينافيها، ولأنها تستدعى فراغاً للاهتمام بها، والعبد مشغول. والمكاتب ومن نصفه حر ونصفه رقيق فى حكم القن. وقال مالك، رحمه الله: يفوض إلى العبد. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إذا خلف أولاداً كلهم صغار ففوض إلى عبد نفسه جاز.

فرع: إذا أوصى إلى مستولدة أو مديرة، ففيه ثلاثة أوجه، منشؤها: أن النظر إلى مراعاة الشرط حال العقد أو حال الموت؟

وفى الوجه الثالث: يراعى الأحوال من العقد إلى الموت، حتى لو تخلل خلل بين العقد والموت فسد أيضاً. والأقيس وهو اختيار ابن سريج: الصحة؛ نظراً إلى حال الموت.

الشرط الثالث: العدالة: فلا يفوض إلى فاسق؛ لأنه تصرف على الطفل، فيتقيد بشرط الغبطة، ولا غبطة فى الفساق.

(١) [الوصى]: من وصى له، والوصى من يقوم على شؤون الصغير، «ومن العرب من لا يُثنى ولا يجمع الوصى»، والأنثى وصى أيضاً. انظر: المعجم الوسيط (١٠٣٨/٢).

فرع: لو طرأ الفسق انعزل، فإن عاد أميناً لم يعد وصياً. وكذا القاضى يعزل على الأظهر، ثم لا يعود قاضياً بالتوبة. والأب يعزل، ولكن يعود ولياً بالتوبة؛ فإن الأبوة قائمة. وفي رجوع ولاية القاضى والوصى بالإفاقة بعد الجنون وجهان.

والإمام لا يعزل بالفسق على الأصح؛ للمصلحة، ولكن إن أمكن الاستبدال به من غير فتنة فعلة أهل الحل والعقد.

الرابع: الإسلام: فلا يفوض إلى كافر؛ إذ لا ولاية لكافر على مسلم. ولو أوصى كافر إلى كافر فى ولده الكافر صح إن كان عدلاً فى دينه، بناء على الأظهر فى أن ولي الكافرة فى النكاح كافر.

الخامس: الكفاية والهداية للتصرف: فلا غبطة فى التفويض إلى العاجز عن التصرف.

فرع: لو ضعف نظره وعجز عن حفظ الحساب بعد أن كان قادراً: ينصب القاضى معه من يحفظ الحساب ولا يعزل به، بخلاف الفسق فإنه يفوت أصل الغرض، وبخلاف ما لو نصب الحاكم قيماً فضعف نظره فى الحساب، فإن القاضى يعزله؛ لأنه مولى من جهته، والإبدال أصلح، والوصى منصوب الأب فيحفظ ما أمكن.

السادس: البصر: وفى تفويضها إلى الأعمى وجهان، ومنشؤه التردد: فى أنه هل يخالف الغبطة أم لا؟.

فرع: يجوز التفويض إلى النساء، والأم أولى من ينصب قيماً. وإن لم يوص إليها الأب فلا ولاية لها. وقال الإصطخرى: هى ولية فى المال مقدمة على وصى الأب؛ لأنها أحد الأصلين.

الركن الثانى: الموصى

وهو كل من له ولاية على الأطفال لو بقي حياً كالأب والجد. فلا يجوز للوصى الإيصاء لأنه لا ولاية له، وإنما هو نائب. خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله. ولا يجوز نصب الوصى على الأولاد البالغين؛ إذا لا ولاية عليهم. نعم، له نصب وصى لقضاء ديونه وتنفيذ وصاياه.

ولا يجوز للأب نصب الوصى فى حياة الجد؛ فإن الجد بدل الأب شرعاً، فهو أولى من نائبه لفظاً. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: وصى الأب أولى من الجد، وهو وجه لأصحابنا.

فروع: الأول: إذا أوصى بثلاثة وخلف جداً لأطفاله: فليس للجد التصرف في الثلث؛ لأنه ليس وصياً ولا قيمياً، وإنما التصرف فيه إلى القاضي يصرفه إلى مصارفه.

إذا أذن للموصى في الإيصاء عند موته إلى غيره ففيه قولان: أحدهما: لا يجوز؛ لأن ولايته زائلة بعد موته فلا يؤثر إذنه وليس للموصى رتبة الإيصاء.

الثاني وهو الأقيس: الجواز؛ لأن الشرع فوض للأطفال بعد الموت.

وكذلك لو قال: أنت وصيٌّ إلى أن يبلغ هذا الصبي، فإذا بلغ فهو الوصي: صح، وهو تفويض بعد الموت.

وكذلك إذا أوصى إلى رجلين وقال: إن مات أحدهما انفرد الآخر، جاز.

أما إذا قال: إن أوصيت إلى شخص فذلك الشخص وصيٌّ لي، وعين شخصاً، فقال: أذنت لك في الإيصاء إليه: ففيه طريقان: منهم من قطع بالجواز، كما إذا علق ببلوغ الصبي. ومنهم من خرج على القولين.

الركن الثالث: الموصى فيه

وهو التصرفات المالية المباحة التي يتولاها القاضي لولا الوصي. فأما بناء البيعة، وكتابة التوراة، وما هو معصية: فلا يصح الإيصاء فيه، ولا يجوز الإيصاء فيه. ولا يجوز الإيصاء في تزويج الأولاد؛ إذ لا غبطة في أن يعقد عليهم من لا يتغير بضررهم. وقال مالك، رحمه الله: يجوز الإيصاء في ذلك.

الركن الرابع: الصيغة

وهو أن يقول: أوصيت إليك، وفوضت إليك أمور أولادي، وما يجري مجراه. ولا بد من القبول، والأظهر: أنه بعد الموت، أعنى: القبول.

فروع: الأول: هل يكفي قوله: أوصيت إليك في أمر أطفالي. وأم يشترط أن يقول معه: فوضت إليك التصرف في المال؟ فيه وجهان: منهم من قال: مطلق الإيصاء لا يقتضي إلا حفظ المال، فلا بد من التصريح بالتصرف. ومنهم من قال: العرف يغني عن التعرض له.

الثاني: إذا اعتقل لسانه، وقرئ عليه الكتاب، فأشار برأسه: جاز؛ لأنه عاجز كالأخرس.

والثالث: لو أوصى إليه في جنس من التصرف معين لا يتعدى إلى غيره. خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

الرابع: إذا أوصى إلى رجلين: إن صرح بتسليط كل واحد على الاستقلال، أو بالمنع من الاستقلال: فهو كما لو صرح.

وإن أطلق نزل على نفى الاستقلال، وأن لا يتصرف واحد دون إذن صاحبه؛ تنزيلاً على الأقل.

نعم، ما لا يحتاج فيه إلى الموصى كالتمكن من أخذ المصوب والوديعة وأعيان الحقوق لا يحتاج فيه إليهما؛ لأنه لا يحتاج أصلاً إلى الوصى، بل للمستحق الأحذ إذا ظفر به.

ويتفرع على نصب الوصيين صور:

الأولى: إذا مات أحدهما. فإن كان قد أثبت لكل واحد منهما استقلالاً، فيكتفى بالثاني. وإن لم يثبت إلا الشراكة، فللقاضى أن ينصب قيمًا معه بدلاً عن الميت؛ فإنه ما رضى الأب إلا برأى شخصين. فلو جعل الثاني وصياً ونائباً عن الموصى وحده، ففى جوازهما وجهان.

الثانية: لو أوصى إلى زيد ثم أوصى إلى عمرو. فإن لم يقبل عمرو انفرد زيد بالتصرف. وإن قبل كان هذا تشاركاً ولم يكن فسخاً للأول، بل ينزل منزلة الوحيدين المتلاحقين. وإن أوصى إلى زيد ثم قال له: ضمت إليك عمراً، فإن قبل فهما شريكان. وإن قبل زيد دون عمرو: فزيد مستقل به.

وإن قبل عمرو دون زيد فلا مستقل؛ لأن لفظ الضم لا يبنى إلا عن الشراكة، ورد زيد كموته فيفتقر إلى بدل عنه.

الثالثة: إذا اختلفا فى تعيين من يصرف إليه الوصية من الفقراء والمساكين، وشلاً؛ فالحكم يتولى التعيين.

ولو اختلفا فى حفظ المال، فيطلب موضعاً مشتركاً يكون محفوظاً فيه عن جهتهما، أو يتفقان على ثالث، أو يقسم ما يقبل القسمة فينفرد كل واحد بحفظ البعض. وما لا يقبل القسمة يتولى القاضى حفظه.

ومن الأصحاب من قال: الشافعى، رحمه الله، ذكر القسمة وأراد به ما إذا أثبت لكل واحد الاستقلال فى الوصاية، وإلا فكيف يتفرد بحفظ البعض وموجب الوصاية الاشتراك فى الكل؟

النظر الثاني: فى أحكام الوصاية

وهى ستة: الأول: أن يقضى الديون اللازمة فى مال الصبى من أرش الجناية والأعواض والكفارة عند القتل، ويتفق عليه بالمعروف.

فلو تنازعا بعد البلوغ فى مقدار الحاجة فى النفقة: فالقول قول الوصى؛ لأنه أمين، والإشهاد على النفقة متعذر فى كل يوم.

وكذا إذا تنازعا فى كون البيع موافقاً للغبطة: فالقول قول الولي والوصى؛ إذ الأصل عدم الخيانة.

وإن تنازعا فى دفع المال بعد البلوغ إليه فالظاهر: أن القول قول الصبى؛ إذ الأصل عدم الرد، والإشهاد مأمور به عليه فى كتاب الله تعالى.

وكذلك إذا تنازعا فى تاريخ موت الوالد؛ إذ تكرر النفقة بطول المدة: فالبينة على الوصى؛ إذ الأصل عدم الموت، وإقامة البينة على الموت ممكن.

الحكم الثانى: لا يزوج الوصى الأطفال، وقد ذكرناه.

الثالث: لا يتولى الوصى طرفى العقد، ولا يبيع ماله من نفسه، بخلاف الأب، فإنه جوز له ذلك؛ لقوة الأبوة. نعم؛ له أن يوكل فى التصرفات الجزئية كما للأب، وليس له الإيضاء بخلاف الأب.

الرابع: الوصاية عقد جائز، وللوصى عزل نفسه مهما شاء. قال أبو حنيفة، رحمه الله: ليس له عزل نفسه بعد موت الموصى.

الخامس: إذا لم يملك إلا عبداً وأوصى بثلث ماله، فليس للوصى إلا بيع ثلث العبد. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: له بيع الكل؛ فإن التشقيص ينقص من الثلث.

السادس: للوصى أن يشهد على الأطفال، وله أن يشهد لهم بحالاً يستفيد بشهادته سلطنة واتساع تصرف، حتى لو كان وصياً بالتصرف فى الثلث وشهد لهم بحال: لا يجوز؛ إذ يتسع به الثلث فيتسع تصرفه.

كتاب الوديعة

وهى مشتقة من قولهم: ودع الشيء: إذا سكن واستقر، أى أنها مستقرة عند المودع. وقيل: إنها مشتقة من قولهم: فلان فى دعة، أى فى خفض من العيش، أى أن الوديعة فى دعة غير مبتلاة بالانتفاع. والنظر فى أركان الوديعة وأحكامها:

أما الأركان: فالمودع، والمودع، والوديعة، والصيغة

أما الوديعة: فهو كل مال تثبت عليه اليد الحافظة.

أما المودع والمودع: فلا يعتبر فيهما إلا ما يعتبر فى الوكيل والموكل؛ لأن الإيداع استئابة فى الحفظ، فلا يستدعى إلا التكليف من الجانبين.

فرعان: أحدهما: لو أخذ الوديعة من صبي، ضمن إلا أن يخاف من الصبي الإهلاك فأخذه على قصد الحسبة. ففي ضمانه وجهان، كما لو خلص طيراً من قم جارحة ليحفظه على صاحبه.

الثانى: لو أودع صبياً فأتلفه الصبي، ففي الضمان قولان: أحدهما: أنه لا يجب؛ لأنه مسلط عليه فصار كما لو استقرض أو ابتاع فأتلف. والثانى: أنه يجب؛ لأنه متسلط على الحفظ لا على الإتلاف.

وأما البائع والمقرض فقد سلطا على الإتلاف وشرطا عليه عوضاً، فقد الشرط وبقي التسليط. وهذا الخلاف جار فى تعلق الضمان برقبة العبد إذا تلف بعد أن أودع، ولا خلاف فى تعلق الضمان بذمته.

فأما الصيغة: فهى أن يقول: احفظ هذا المال، أو استودعتك، أو ما يفيد معناه. وفى اشتراط القبول لفظاً ما ذكرناه فى الوكالة، وهاهنا أولى بأن يشترط لأنها أبعد عن مشابهة العقود. فإذا لم يشترط القبول لفظاً، فإذا أخذ الوديعة أو وضع بين يديه فرفعه كان ذلك قبولاً.

ولو قام من المجلس ولم يأخذ كان ذلك ردّاً للوديعة. ولو قام المالك أولاً وخلقى بينه وبين المودع لم تنعقد الوديعة؛ فإن التخلية قد تقوم مقام القبض، ولكن إذا استحق القبض.

فإن قيل: الوديعة عقد، أو إذن مجرد؟ قلنا: قد ذكر القاضى حسين فيه خلافاً وبنى

عليه التردد في أن المودع إذا عزل نفسه، هل يفسخ العقد؟ وذكر فيه وجهين:
أحدهما: نعم؛ لأنه عقد جائز. والثاني: لا؛ لأنه تسليط مجرد، فيضاهى بإباحة الأكل
للضيف، فلا معنى للفسخ فيه.

فإن قلنا: انفسخ، بقيت الوديعة أمانة شرعية كما لو طير الريح ثوبا وألقاه في دره.
حتى لو تمكن من الرد على المالك ولم يرد، ضمن على أحد الوجهين.

أما حكم الوديعة

فهو أنه عقد جائز من الجانبين، يفسخ بالجنون والإغماء والموت. وموجب العقد
التسلط على الحفظ بالمعروف، وأنه إن تلف بغير تقصيره فلا ضمان، وأنه مهما طلب
المالك وجب التمكين من الأخذ. فالنظر إذا في الضمان ورد العين:

أما الضمان

فسيبُه التقصير، وللتقصير ثمانية أسباب:

السبب الأول: أن يُودع عند غيره من غير عذر:

فيضمن؛ لأنه لم يرض المالك بيد غيره. ولا فرق بين أن يودع زوجته أو عبده أو
أجنبيًا، إلا أن يسلم إلى عبده وزوجته ليوصله إلى حرزه أعنى حرز المودع.

وإن أودع القاضى وقبله القاضى فلا ضمان؛ لأنه ربما يتبرم الحفظ، فلا يلزمه
المداومة عليه ولا شبهة في أمانة القاضى.

وإن أبى القاضى أن يأخذ، هل يجوز له ذلك؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز؛ لأنه
نائب عن كل غائب فيقبض عنه. والثاني: لا يلزمه؛ لأنه التزم الحفظ فكيف به؟

وفى وجوب قبول المغصوب من الغاصب وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يلزم؛ لأنه
فى يد الغاصب مضمون.

وفى وجوب قبول الدين ممن عليه وجهان مرتبان على المغصوب، وأولى بأن لا يلزم؛
لأن الدين غير معرض للتلف في ذمته ولا يثقل عليه حفظه. هذا إذا أودع غيره بغير
عذر.

فإن حضره سفر فليرده على المالك، فإن عجز فإلى القاضى، فإن عجز فإلى أمين،
فإذا فعل شيئاً من ذلك لم يضمن.

وإن عجز عن الكل فوجهان: أحدهما: أنه يسافر ولا ضمان؛ للضرورة. والثاني: أنه يضمن؛ فإنه التزم الحفظ فليعرض لخطر الضمان أو لترك السفر.

السبب الثاني: السفر بالوديعة:

وهو سبب للضمان إذا لم يكن عذره؛ لأن المسافر وماله لعلی قَلَّتْ^(١) إلا ما وقى الله تعالى إلا إذا أخذه في السفر فله استدامة السفر.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يسافر به إذا كان الطريق آمناً. أما إذا كان بعذر مثل حريق أو نهب أو غارة في البلد: فلا ضمان في السفر به. وإن كان العذر حاجته إلى السفر فقد ذكرنا حكمه.

فرع: لو حضره الوفاة، فحكمه حكم من حضره سفر، فليودع الحاكم، أو أميناً إن عجز عن الحاكم، أو ليوص إلى وارثه وليشهد عليه؛ صيانة عن الإنكار. فإن سكت ولم يخبر به أحداً: ضمن، إلا إذا مات فجأة، ولو أوصى إلى فاسق ضمن. وإن أوصى إلى عدل فلم توجد الوديعة في تركته فلا ضمان، ويحمل على أنها ضاعت قبل موته. وإن قال: عندي ثوب وله أثواب ضمن؛ لأنه صيغة بالخلط.

ولو لم يوص، فوجد في تركته كيس مخنوم مكتوب عليه أنه وديعة فلان، فلا يجب تسليمه بمجرد ذلك؛ فلعله كتبه تلبساً أو بملك بعد الكنية ولم يغير المكتوب.

السبب الثالث: نقل الوديعة من قرية إلى قرية:

فإن نقلها من قرية أهله إلى قرية غير أهله ضمن؛ لأن قرية أهله أحرز في حقه. وإن كان بالعكس وبينهما مسافة تسمى سفرًا ضمن؛ لأنه سافر به. وإن لم تكن فإن كانت قرية غير أهله مثل الأولى أو أحرز، فلا ضمان لأنه زاد خيراً. وإن كان دونه ضمن؛ لأنه نقص الأحرار، فكان كما لو سافر به. وإن نقلها من بيت في داره إلى بيت آخر وهو مثل الآخر أو فوقه لم يضمن. وإن كان دونه ضمن مهما كان البيت الأول معيناً من المالك.

وإن قال مالك: احفظ في هذا البيت ولا تنقل، فنقل إلى ما هو فوقه أو مثله، ضمن لمخالفته صريح الشرط، إلا إذا نقل بعذر حريق أو نهب أو غارة.

فروع أربعة: الأول: حيث جوزنا النقل إلى مثله فانهدم البيت المنقول إليه فتلفت

(١) «قَلَّتْ»، قلنا: تعرض للهلاك، وقلت: فسد، وقلت فلان: قَلَّ لحمه، فهو قَلِيْتُ، انظر: المعجم الوسيط (٧٥٣/٢).

الوديعة ضمن؛ لأن ذلك جوز بشرط سلامة العاقبة.

وإنما لا يضمن إذا جاء التلف من ناحية أخرى. وكذا إذا قال: احفظ في البيت، ولا تدخل عليها أحدًا، فأدخل إنسانًا وتلف لا من ناحية الداخل لم يضمن، وإن تلف من جهة الداخل ضمن.

وكذلك مكبرى الدابة للركوب إذا ركبها في الاصطبل فماتت لم يضمن، وإن انهدم عليها الاصطبل ضمن.

الثاني: إذا قال: احفظ في هذا البيت ولا تنقل وإن وقعت ضرورة: فإن نقل بغير ضرورة ضمن من أى جهة كان التلف؛ لأنه تصرف في ماله مع نهيه عنه.

وإن وقعت ضرورة فتركها لم يضمن؛ لأنه مأذون في التضييع، ولكن الأولى أن ينقل؛ لأن التضييع مكروه. ثم إذا نقل ففي الضمان وجهان، كما في المحتسب مع الغاضب بإخراج المصوب من يده.

ووجه الضمان: أنه أثبت اليد على ماله بغير إذنه، فكان الاحتساب جائزًا بشرط إيصاله إليه أو ركوب غرر الضمان.

الثالث: لو نقل من ظرف إلى ظرف كطندوق أو كيس، فإن كان الظروف للمالك فتصرفه فيها بالنقل المجرد ليس بمضمن إلا إذا فض الختم أو حمل القفل. هذا ما دل عليه مطلق كلام الشافعي رضي الله عنه. وإن كان الظرف للمودع فحكمه حكم البيت في النقل إلى الأحرز أو المثل أو الأضعف.

الرابع: لو قال له: لا تنقل فادعى أنه نقل لضرورة، فإن كان سبب الضرورة مشهورًا فالقول قوله، وإلا فالقول قول المالك؛ فإن الأصل عدم السبب، وكونه مخالفًا للفظ بظاهره.

السبب الرابع: التقصير في دفع المهلكات:

وفيه مسألتان: إحداهما: إذا أودعه دابة فترك العلف والسقى ضمن، إلا إذا كان مأذونًا في تركه فيعصى ولا يضمن. ثم العلف لا يلزمه من ماله بل يرفع الأمر إلى القاضي حتى يستقرض على المالك، فإن عجز وأنفق من ماله وأشهد ففي الرجوع خلاف.

فإن قلنا: إنه يرجع، فقد نزلناه منزلة الحاكم، فله أن يبيع جزءًا من الدابة إن لم يجد

طريقاً إلى النفقة سواه.

فرع: لو أمر غلامه بالعلف والسقى، وكان عادته ذلك جاز. وإن كان عادته المباشرة بنفسه، فاستتاب في الوديعة غيره حتى ثبت يده عليها في السقى ضمن.

وقال ابن سريج: لا يضمن؛ لأن يد خادمه وصاحبه كيده في العادة. والأظهر: أنه إن أخرج به نفسه للسقى والطريق آمن لم يضمن.

قال الإصطخري: يضمن؛ لأنه أخرج الوديعة من الخرز من غير حاجة، إلا إذا عجز عن السقى في المنزل.

المسألة الثانية: الثوب الذي يفسده الدود من الخز والصوف، ولو ترك صيانه بالنشر والتعريض للرياح، ضمن. وإن كان لا يتنقى الدود بأن يلبسه ويعقب به ربيع الآدمي، فله لبسه.

السبب الخامس: الانتفاع:

فإذا لبس الثوب، أو ركب الدابة: ضمن، إلا أن يلبس الثوب لدفع الدود، أو ركب الدابة لدفع الجموح عند السقى. وكذلك إذا أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته: ضمن بالأخذ وإن لم يصرفه إلى حاجته. وقال أبو حنيفة: لا يضمن بمجرد الأخذ. ونحن نزيد على هذا فنقول: لو حل ختم الكيس ضمن ما في الكيس؛ لأنه يعد خيانة على الكيس.

وهل يضمن الكيس في نفسه؟ فيه وجهان. أما إذا حل عقدًا على الكيس من نفس الكيس، أو من خيط وأعاده: لم يضمن؛ لأن ذلك لا يعد خيانة. ولو أخرج الدابة ليركبها فلم يركبها: ضمن.

ولو نوى إخراج الدابة وأخذ الدراهم فلم يأخذ ولم يخرج: لا يضمن. بخلاف المتلقط فإنه يضمن بالنية؛ لأن سبب أمانته نيته، فتغيرت الأمانة بتغير النية. وهاهنا سبب الأمانة إثبات المالك يده، فلا تتغير إلا بعد وأن في عين المال.

وقال ابن سريج: يضمن كالمثلث. ومن الأصحاب من قال: لو نوى أن لا يرد على المالك ضمن بمجرد النية؛ لأنه صار به ممسكًا على نفسه.

فرعان: أحدهما: لو ضمن الدرهم بالأخذ فرده إلى الكيس:

فإن لم يختلط فالضمان مقصود عليه، وإن اختلط فوجهان: أحدهما: أنه يضمن؛ لأنه خلط بالمضمون، فهو كما لو خلط درهمًا لنفسه به، فإنه يضمن الكل. والثاني: لا

يضمن؛ لأنه خلط ملكه بملكه، بخلاف ما إذا خلط به ملك نفسه، فإنه تعذر به تسليم ملك المالك.

الثاني: إذا أتلّف بعض الوديعة: لم يضمن الباقي إذا كان المتلف منفصلاً، كما لو أتلّف أحد الثوبين.

وإن كان متصلاً كما لو قطع ذراعاً من الثوب أو طرفاً من الدابة، فإن كان عامداً: ضمن؛ لأنه خيانة على الكل.

وإن كان خطأ: ضمن المفوت، وفي الباقي وجهان، أظهرهما: أنه لا يضمن؛ لأنه لا يعد خائناً في السهو.

السبب السادس: التقصير بكيفية الحفظ:

وفيه ثلاث صور: الأولى: إذا سلم إليه صندوقاً وقال: لا ترقد عليه فرقد: قال الشافعي، رضى الله عنه: فقد زاده خيراً، فلا يضمن. وقال مالك، رحمه الله: يضمن؛ لأنه أغرى اللص به.

وما ذكره متجه إذا أخذ السارق من جنب الصندوق في الصحراء، فإن هذا من قبيل المخالفة الجائزة بشرط سلامة العاقبة.

الثانية: سلم إليه دراهم وقال: اربطه في كمك، فأمسكها في يده: فإن أخذه غاصب فلا ضمان؛ لأن اليد أحرز في هذه الحالة. وإن استرخى بنوم أو نسيان يضمن؛ لأن الربط أحرز هاهنا. ولو ربط في كمه قال الشافعي، رضى الله عنه: إن جعل الخيط الرابط خارج الكم: ضمن؛ لأنه أغرى للطرار به، وإن جعله داخل الكم: لم يضمن.

فقال المحققون: هذا إنما يستقيم إذا ضاع من جهة الطرار، فإن ضاع بالاسترسال فينبغي أن يكون الحكم بالعكس من هذا.

الثالثة: أودعه خائناً قال أبو حنيفة، رحمه الله: إن جعله في خنصره: ضمن؛ لأنه مستعمل، وفي إصبع آخر: لا يضمن؛ لأنه إحراز. وما ذكره غير بعيد عن القياس، إلا إذا كان تضيق الحلقة عن غير الخنصر، فالحفظ فيه محمول على قصد الإحراز.

السبب السابع: التضييع:

وله صور: الأولى: أن يلقيه في مضیعة، فيضمن. ويلتحق به ما لو دل سارقاً عليه، أو دل من يصادر المالك عليه، فإنه يضمن؛ لأنه خالف الحفظ الملتزم. بخلاف من لا يد له

على المال، فإنه إذا دل لم يضمن؛ لأنه لم يلتزم الحفظ ولم يتصرف في المال.

الثانية: إذا ضيع بالنسيان. فقد سئل الخضرى عن زوجة سلمت خلخالاً إلى زوجها ليسلمه إلى صائغ، فتسلم ونسى الصائغ.

فقال: إن لم يشهد يضمن بالتقصير في الإشهاد. وإن أشهد فلا يضمن وإن مات الشهود أو نسوه.

وهذا مصير إلى أن النسيان ليس بتقصير، وهو غير بعيد. ومن أصحابنا من قال: يضمن بالنسيان؛ فإن حق المودع التحفظ، والنسيان لا يؤثر في دفع الضمان.

الثالثة: إذا أكرهه ظالم على التسليم، فقرار الضمان على الظالم، وفي توجه المطالبة على المكره وجهان جاريان في المكره على إتلاف مال الغير. هذا إذا لم يقدر على دفع الظالم^(١).

فإن قدر على دفعه بإخفاء الودعة فلم يفعل ضمن. فإن حلفه الظالم، فيحلف وليكفر، ولا بأس بأن يحلف كاذباً إذا كان مقصوده حفظ حق الغير، وقد جوز الشرع كلمة الردة لحفظ النفس^(٢).

(١) لإكراه شروط:

- ١- قدرة المكره على إيقاع ما هدد به، والمأمور عاجز عن الدفع، ولو بالفرار أو بإفساد الآلة أو السلاح أو غير ذلك، مما يعين المكره على فعل ما أكره عليه.
 - ٢- أن يغلب على ظنه أنه إذا امتنع أوقع به ما هدد به.
 - ٣- أن يكون ما هدد به فورياً، أو مؤكداً في الزمن القريب.
 - ٤- أن يكون الإكراه بغير حق، فإن كان بحق فلا يعتبر إكراهاً كإجبار المدين على بيع ماله وفاءً لدينه، انظر كتابنا: المداخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية (مدخل المحكوم عليه).
- (٢) وذلك في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقُلُوبُهُ مَطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

وفي قصة الحجاج بن علاط السلمى ما يدل على ذلك، والقصة مشهورة في كتب السيرة، وذكرها ابن القيم في كتابه زاد المعاد، ثم قال فيما يستفاد من هذه القصة: «جواز كذب الإنسان على نفسه وعلى غيره، إذا لم يتضمن ضرر ذلك الغير، إذا كان يتوصل بالكذب إلى حقه كما كذب الحجاج بن علاط على المسلمين حتى أخذ ماله من مكة من غير مضرة لحقت المسلمين من ذلك الكذب، وأما ما نال من بحكة من المسلمين من الأذى والحزن ومفسدة يسيرة في جنب المصلحة التي حصلت بالكذب ولا سيما تكميل الفرج والسرور، وزيادة الإيمان الذي حصل بالخبر الصادق بعد هذا الكذب، فكان الكذب سبباً لحصول المصلحة الراجحة»، انتهى، انظر: زاد المعاد (٢/٢٠٢ - ٢٠٩)، وكتابنا معايير التأويل والتأولين (الفصل الخامس: ثالثاً: الولاء).

ولو حلف بالطلاق، فإن حلف: طلقت زوجته؛ لأنه قدر على الخلاص بتسليم الوديعة، وإن سلم الوديعة: ضمن؛ لأنه قدر على أن لا يسلم بالحلف.

وهو كما لو خير بين أن يطلق إحدى زوجتيه لا على التعيين إكراها، فعين إحدهما للطلاق، وقع الطلاق.

السبب الثامن للضمان: الجحود:

وجحود الوديعة مع الغير المالك ليس بمضمن؛ إذ عادة الوديعة الإخفاء، وأما مع المالك فبعد المطالبة بالرد مضمن. وإن لم يطالب ولكن قال: لي عندك شيء، فسكت: لم يضمن. وإن أنكر فوجهان: أحدهما: لا؛ لأن الجحود بعد الطلب. والثاني: أنه يضمن؛ لأنه جحود؛ إذ وقع بعد السؤال.

فرع: إذا جحد فالقول قوله مع يمينه. فإن أقام المودع بينة الإيداع، فادعى الرد أو التلف قبل الجحود، نظر إلى صيغة جحوده:

فإن قال: ليس لك عندي شيء، فقله مقبول في الرد والتلف؛ لأنه لا مناقضة بين كلاميه. وإن أنكر أصل الوديعة، فقله في الرد والتلف لا يقبل.

فلو أقام عليه بينة، ففيه وجهان: أحدهما: لا يمكن؛ لأن البينة تنبئ على الدعوى، ودعواه باطلة بما سبق من قوله المناقض لها. والثاني: أنه يقبل؛ لأنه كاذب في أحد قوليه لا محالة، والبيئة تبين أن الكذب في الأول لا في الثاني.

هذا ما أردنا أن نذكره من أسباب الضمان، ومهما جرى سبب الضمان فعاد أميناً وترك الخيانة: لم يبرأ عن الضمان عندنا، خلافاً لأبي حنيفة.

فلو استأنف المالك إيداعه، فالظاهر: أنه يزول الضمان. وفيه وجه: أنه لا يزول إلا بإزالة يده، كضمان يد البائع.

النظر الثاني: في رد العين إذا كانت باقية

وهو واجب مهما طلب المالك، فإن آخر بغير عذر: ضمن. وإن كان في جنح الليل، وتعذر عليه الوصول إليه: لم يضمن. وإن كان في جماع، أو على طعام: لم يعص بالتأخير في هذا القدر، ولكنه جائز بشرط سلامة العاقبة، فإن تلف بهذا التأخير: ضمن. وإن عين وكيلاً ليرد عليه، لزمه الرد مهما طالبه. فإن تمكن ولم يطالبه الوكيل، ففي الضمان كنفطيره في الثوب إذا طيره الريح في داره.

وحقيقة الوجهين: أن الأمانة الشرعية تتمادى إلى التمكن من الرد أو إلى المطالبة بالرد، وبعد أن أمره بالرد على الوكيل فقد عزله وصارت أمانة شرعية.

فرعان: أحدهما: لو طالبه بالرد فادعى التلف: فالقول قوله مع يمينه، إلا أن يدعى التلف بحريق أو نهب أو غارة: فإنه لا يصدق مالم يستفرض أو لم تقم عليه البينة؛ لأن إقامة البينة عليه سهل. ولو أطلق دعوى التلف وطالبه المالك بتفصيل السبب، فلا يلزمه البيان وليس عليه إلا يمين على التلف.

فأما إذا ادعى الرد، نظر: فإن ادعى الرد على من اتهمه، فالقول قوله مع يمينه، فإنه اعترف بأمانته، فلزمه قبول يمينه.

وإن ادعى الرد على غير من اتهمه، كما إذا ادعى الرد على وارث المالك بعد أن مات المالك، أو ادعى وارث المودع الرد على المالك، أو ادعى الملتقط أو من طير الريح ثوباً في داره ردّاً على المالك: فهؤلاء لا يصدّقون إلا ببينة.

وكذلك إذا ادعى الرد على وكيل المالك، وأنكر الوكيل: فالقول قول الوكيل، ولا يجب على المالك تصديق المودع؛ لأن الخصومة أولاً مع الوكيل.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يلزمه تصديقه؛ لأن وكيله بمنزله. وإن اعترف بالتسليم ولكن نسب المودع إلى التقصير بترك الإشهاد، أو أنكر وكيله، فهل يضمن بهذا التقصير؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما إذا وكله بقضاء دين فلم يشهد. والثاني: لا؛ لأن الوديعة عاداتها الإخفاء، ولا ينفع الإشهاد مع الوكيل؛ فإنه إن كان يستجيز الخيانة فيدعى التلف أو الرد ويكون مصدقاً بيمينه، بخلاف مستحق الدين فإنه لا حيلة له مع الإشهاد.

والخلاف في وجوب الإشهاد جارٍ في الوصى إذا رد المال على اليتيم بعد بلوغه.

فإن قلنا: يجب الإشهاد فتنازعا في جريانه: فالأصل عدمه، والقول قول المالك في عدمه. فإن قيل: فلو أودع المودع عند إنسان آخر لإذن المالك عند سفره، فهل يصدق المودع الثاني في دعوى الرد؟ قلنا: ينظر: فإن عينه المالك صدق في دعوى الرد على المالك؛ لأنه مودع من جهته.

وإن لم يعينه ولكن قال: أودع أميناً، فعينه المودع الأول، فلا يصدق إلا في دعوى الرد على المودع الأول، فأما على المالك فلا.

الثاني: إذا ادعى رجلان وديعة عند إنسان، فقال: هو لأحدكما، وقد نسيت عينه.

فإن اعترفا له بعدم العلم، فلا خصومة لهما معه، وفي الوديعة قولان:

أحدهما: أنه تنقل إلى يد أمين وتوقف إلى أن تفصل الخصومة بطريقها؛ لأن هذا الأمين انعزل بمطالبتها بالرد. والثاني: أنه يترك في يده؛ فإنه أمين حاضر، فلا معنى لاستئناف أمين آخر.

ثم هذا المال يجعل كأنه في يدهما وقد تنازعا، أو يجعل كمال في يد ثالث تداعاه أجنبيان؟ فيه وجهان: قال القاضي حسين: يجعل الشيء في يدهما؛ لأن الحق لا يعدوهما. باتفاق الجميع.

وقال المحاملي: لا يجعل في يدهما؛ فإنه لم يثبت لأحدهما يد. أما إذا ادعى العلم على المودع، فيكفيه أن يحلف لهما يمينا واحدة على النفي.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يحلف لكل واحد منهما يمينا. فإذا حلفناه، فإن حلف عاد الأمر كما كان في الصورة الأولى. فإن نكل حلفا يمين الرد، فإذا حلفنا: ضمن المودع القيمة، وجعلت القيمة أيضا في يدهما فيحصل كل واحد منهما على نصف الوديعة ونصف القيمة.

فإن سلم العين لأحدهما دون الآخر بينة، أو يمين مردودة: رد من سلم العين له نصف القيمة التي في يده إلى المودع؛ إذ وصل إليه المبدل.

وأما الآخر فلا يرد النصف الذي في يده؛ لأنه استحقها يمين مردودة من جهة المودع، وما رجع إليه مبدله.

هذا كله تفريع من الأصحاب على أن المودع لا يضمن بالنسيان، وقد ذكرنا وجهها في تضمينه، فعلى هذا يضمن بمجرد النسيان ولا يحتاج إلى النكول واليمين. والله أعلم.

* * *

كتاب قسم الفئء والغنائم

وفيه بابان:

الباب الأول: فى الفئء

وهو كل مال لكافر فاء إلى المسلمين من غير إيجاب خيل ولا ركاب. كما إذا انحلو عنه خوفاً من المسلمين من غير قتال، أو بذلوه للكف عن قتالهم. وهو مُحَمَّسٌ كما سيأتى تفصيله. وكذلك ما أخذ بغير تخويف كالجزية والخراج عن أراضيتهم، والعُشْرِ من تجارتهم.

ومال المرتد ومال من مات منهم ولا وارث له، فالصحيح أن هذا أيضاً يُحَمَّسُ؛ لعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ [الحشر: ٧].

الطرف الأول: فى الخمس

وهو مقسوم بعد رسول الله ﷺ بخمسة أسهم؛ إذ كان الفئء كله لرسول الله ﷺ. السهم الأول: لله ولرسوله؛ فهو مصروف إلى مصالح المسلمين؛ لأنه ﷺ تناول من الأرض وَبَرَّةً من بعير، فقال: «والذى نفسى بيده، ما لى مما أفاء الله إلا الخمس، والخمس مردود عليكم»^(١). وأراد به ما بعد الوفاة.

(١) الحديث بهذا اللفظ الذى أورده المصنف أخرجه: السيوطى فى الدر المنثور (١٨٦/٣)، مالك (٤٥٨)، الألبانى فى إرواء الغليل (٧٣/٥).

وعن عمر بن عيسى مرفوعاً، بلفظ: «لا يحل لى من غنائمكم مثل هذا إلا الخمس والخمس مردود فيكم»، قال الشوكانى: رجال إسناده ثقات (٢٦٠/٧) نيل الأوطار، أخرجه أبو داود (٢٧٥٥)، وسكت عنه، البيهقى (٣٣٩/٦)، المتقى (١٠٩٦٧)، الألبانى فى السلسلة الصحيحة (٩٨٥)، وأخرجه عن عبادة بن الصامت، رضى الله عنه، مرفوعاً بلفظ: «إن هذا من غنائمكم، وإنه لى فيها إلا نصيبى معكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيطة وأكبر من ذلك وأصغر، قال صاحب منتقى الأخبار: رواه أحمد فى مسنده، نيل الأوطار (٢٦٠/٧)، وأخرجه المتقى فى كتر العمال (١١٦٠٤).

قال الشوكانى: أخرجه أيضاً النسائى وابن ماجه، وحسنه الحافظ فى الفتح. وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، فى قصة هوازن: «أن النبى ﷺ دنا من بعير، فأخذ وبرة من سنامه، ثم قال: يا أيها الناس إنه لى من هذا الفئء شىء ولا هذه إلا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيطة، قال الشوكانى: حسنه الحافظ فى الفتح، أ. هـ، وأخرجه: أبو داود (الجهاد ب١٣)، المتقى فى كتر العمال (١٠٩٦٨)، الترمذى فى مشكاة المصابيح (٤٠٠٢٥).

والرد على الجملة بالصرف إلى المصالح العامة كسد الثغور وعمارۃ القناطر وأرزاق القضاة وغيرها.

ومن الأصحاب من قال: يصرف سهم رسول الله ﷺ إلى الإمام؛ فإنه خليفته.

السهم الثاني: لذوی القربى: وهم المذلولون بقراۃ رسول الله ﷺ، كبنی هاشم وبنی المطلب^(١)، دون غیرهم من بنی عبد شمس وبنی نوفل؛ لأن رسول الله ﷺ قسم على هؤلاء ومنع أولئك.

وقال أبو حنیفة، رحمه الله: الخمس يقسم بثلاثة أسهم، فأما سهم رسول الله ﷺ وسهم ذوی القربى فقد سقطا بوفاته ﷺ.

وقال بعض العلماء: يقسم بستة أسهم، وسهم الله تعالى يتميز عن سهم رسول الله ﷺ، فيصرف إلى زينة الكعبة ومصالحها. وهو باطل؛ لقوله عليه السلام: «الخمس مردود عليكم». ولو صح ذلك لكان نصيبه سدسًا.

وإذا ثبت أنه لذوی القربى، فيشترك في استحقاقه أغنياؤهم وفقراؤهم؛ لأن العباس كان يأخذ منه وكان من أغنيائهم ويشترك فيه الصغير والكبير، والنساء والرجال، والحاضر في ذلك الإقليم والغائب؛ تعلقًا بعموم القرابة، ويفضل الذكر على الأنثى؛ لأنه مستحق بالقرابة فيشبه الميراث. هذا نص الشافعي رضي الله عنه. وقال المزني: يسوى كالوصية للأقارب. وهو القياس.

فرع: قال العراقيون: أولاد البنات لا يستحقون؛ فإنه لا نسب من جهة الأمهات، وهذا مستحق بالنسب. وذكر القاضي حسين: أن من يدلى بجهتين يفضل على من يدلى بجهة واحدة، كما يقدم الأخ من الأب والأم على الأخ للأب.

وهذا يدل على أن الإدلاء بالأم له أثر في الاستحقاق عند الاجتماع، فلا يبعد عن القياس أن يؤثر عند الانفراد مع شمول اسم القرابة.

السهم الثالث: لليتامى: وهو كل طفل لم يبلغ الحلم ولا كافل له، من أولاد المرتزقة وغيرهم. وقال القفال: يختص بأولاد المرتزقة، وهو بعيد. نعم، هل يشترط كونه فقيرًا؟

(١) هذا لما روى عنه أنهما شيء واحد، انظر: البخاري (٢١١/٤، ٢١٨، ١٧٤/٥)، البيهقي (١٤٩/٢، ١٥٠، ٣٤١/٦، ٢٤٢، ٣٦٥)، الشافعي (٣٢٤)، التبريزي في مشكاة المصابيح (٣٩٩٣، ٤٠٢٧)، الساعاتي في بدائع النثر (١١٦٠)، الطبري (٥/١٠)، البغوي (٣/٣٥)، ابن حجر في تلخيص الحبير (١٠١/٣)، الألباني في إرواء الغليل (٧٨/٥).

فعلى وجهين: أحدهما: لا؛ كما لا يشترط فى ذوى القربى؛ لأنه زيادة شرط على الوصف المذكور. والثانى: نعم؛ لأن لفظ اليتيم ينبئ عن الحاجة إلى التعهد، والغنى الذى يتعهد غيره من ماله بالزكاة والتفقة يعد فهمه عن الآية.

السهم الرابع: سهم المساكين: ويجوز صرفه إلى الفقير؛ فإنه أشد حاجة منه.

السهم الخامس: لأبناء السبيل: وسيأتى بيان الصنفين فى تفريق الصدقات. فإن قيل: فهل يجب التسوية بينهم. قلنا: أما الأسهم الخمس فلا بد وأن تتساوى فى الأصل. وأما سهم ذوى القربى فيقسم على السوية، إلا بسبب الذكورة والأنوثة. وأما المستحق باليتم والمسكنة والسفر فيتفاوت بتفاوت الحاجة.

الطرف الثانى: فى الأخماس الأربعة

وقد كان ذلك لرسول الله ﷺ مع الخمس، وبعده فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه مردود إلى المصالح كالخمس من الخمس المضاف إلى رسول الله ﷺ. والثانى: أنه يقسم على الجهات كما يقسم الخمس، فعلى هذا يقسم جملة الفئ بخمسة أقسام، وعليه يدل ظاهر قوله تبارك وتعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ [الحشر: ٧]. والثالث وهو الأظهر: أنه للمرتزقة المقاتلين، كأربعة أخماس الغنيمة فإنها للحاضرين فى القتال؛ إذ كان يأخذه رسول الله ﷺ؛ لأن الكفار كانوا يحذرون منه، والآن يحذرون من جند الإسلام.

وذهب بعض الشيعة إلى أنه موروث منه لأقاربه، وهو باطل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة»^(١).

وإذا ثبت أنه للمقاتلين فليراع الإمام فى القسمة سبعة أمور:

الأول: أن يضع ديوانا يخصى فيه المرتزقة بأسمائهم، وينصب لكل عشرة منهم عريفا يجمعهم فى وقت العطاء؛ ليكون أسهل عليه.

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه السيوطى فى اللآلئ المصنوعة (٢/٢٣٥)، مسند الحبيب بن ربيع (٦٢/٢)، ابن الحوزى فى زاد المسير (٥/٢٠٩)، ابن حجر فى فتح البارى (١٢/٨).
وبلفظ: «لا نورث ما تركناه، فهو صدقة»، البخارى (٤/٩٦، ٩٧، ٩٨، ٢٥/٥، ١١٤، ١١٥، ١٧٧، ٨٢/٧، ١٨٥/٨، ١٨٧، ١٢٢/٩)، مسلم (الجهاد ب ١٥)، رقم ٤٩، ب ١٦، رقم ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٦)، الترمذى (١٦٠٨، ١٦١٠)، أبو داود (٢٩٧٦، ٢٩٧٧)، النسائى (الفئ ب ١)، عبد الرزاق (٩٧٧٢، ٩٧٧٣، ٩٧٧٤)، كنز العمال (١٨٧٦٨، ١٨٧٦٩، ٣٠٤٥٨، ٣٠٤٥٩، ٣٠٤٦٠، ٣٠٤٦٤)، شرح السنة (١١/١٣٢).

الثانی: أن یسوی ولا یفضل أحداً یسبق فی الإسلام ولا سن ولا نسب، بل یعطى کل واحد علی قدر حاجته، فیزید بزیادة الحاجة ولا یعطیه ما یقصر عن کفایتہ وکفایة زوجته وأولاده؛ لأنهم کفوا المسلمین أمر الجهاد فلیکفوا أمر النفقة.

فلو کان لواحد أربع زوجات أنفق علی کل، وینفق علی عبده وفرسه، فإن لم یکن له عبد وفرس واحتاج إلیه اشتراه له.

ولو کان له عیید للخدمة لا ینفق علی أكثر من واحد؛ لأنه لا حصر لهم، بخلاف الزوجات.

ويعطى الولد الصغير كما يعطى الكبير، وكلما كبر فزادت حاجته زاد في جريته.

وكان عمر، رضى الله عنه، يفضل البعض على البعض، وأبو بكر، رضى الله عنه، كان يسوى بينهم، فرأى الشافعى، رضى الله عنه، الاقتداء بالصدیق، رضوان الله علیه، تشبیهاً بالغبیمة، فیسوى فیها بین الشجاع والضعیف.

الثالث: أن یقدم فی الإعطاء الأولی بالتقديم. فیکدم قریشاً ویقدم من جملةهم بنى هاشم وبنی عبد المطلب، فیسوى بينهم؛ لأنه علیه الصلاة والسلام، شبک بین أصابعه فی تمثیلهم؛ تنبیهاً علی التسوية.

نعم، إن کان فیهم مسن قدم الأسن، ثم یعطى بعدهم بنى عبد شمس وبنى نوفل وبنى عبد مناف، ویقدم بنى عبد شمس؛ لأن عبد شمس أخوها هاشم من أبیه وأمه، ونوفل أخوه من أبیه لا من أمه، ثم یعطى بنو عبد العزی وبنو عبد الدار، ویقدم بنو عبد العزی علی بنى عبد الدار؛ لأن فیهم أصهار رسول الله ﷺ.

وكذلك يعطى الأقرب حتى تنقضى قریش، ثم یقدم الأنصار علی سائر العرب، ویعطى بعد ذلك المعجم.

وإذا تساوت الرتب قدم بالسن أو بالسبق إلى الإسلام، ولم یقدم بسبب سوى ما ذكرناه.

الرابع: لا یثبت ابتداء فی الديون اسم صبی ولا مجنون ولا ضعیف؛ إذ لا کفایة فیهم؛ بل یثبت اسم الأقویاء البالغین المستعدين للغز إذا أمروا.

فإن طرأ الضعف والمجنون، فإن کان یرجى زواله فلا یسقط الاسم. وإن کان لا یرجى فیسقط اسمه.

وإذا مات فما كان يعطى زوجته وأولاده فى حياته، هل يبقى عليه بعد موته؟ وجهان: أحدهما: أنه يسقط؛ إذا كان ذلك بطريق التبعية، والآن فقد مات المتبوع، وليس فى أنفسهم قوة الجهاد. والثانى: أنه يستصحب؛ إذ المجاهد إذا عمم أن ذريته مضيعون بعد وفاته اشتغل بالكسب عن الجهاد.

فعلى هذا يعطى للزوجة إلى أن تتزوج، فإذا استغنت بزوجها سقط حقها ويبقى حق الصبيان إلى البلوغ، فإن بلغوا عاجزين يجنون أو ضعف أو أنوثة استمر ما كان وكأنهم لم يبلغوا.

وإن صلحوا للقتال خيروا فإن اختاروا الجهاد استقلوا بإثبات الاسم، وإن أعرضوا التحقوا بالمكسبين انقطع حقهم.

الخامس: ينبغي أن تفرق أرزاقهم فى أول كل سنة، ولا يكرر القسمة فى كل أسبوع وشهر؛ فإن الحاجة فى المال تتكرر بتكرر السنة، إلا أن تقتضى المصلحة ذلك فله اتباعها.

فلو مات واحد بعد أن جمع المال ومضت السنة، كان نصيبه لورثته. وإن مات قبل الجمع والحول، فلا حق لورثته. وإن كان بعد الجمع وقبل انقضاء السنة فقولان: ينظر فى أحدهما إلى حصول المال، وفى الثانى إلى أن الصرة لم تكمل بالسنة، وهى لا تجزأ.

السادس: إن كان من جملة الفیء أراضٍ، فخمسها لأهل الخمس، وأربعة أخماسها يكون وقفًا. هكذا قاله الشافعى رضى الله عنه.

فمن الأصحاب من قال: هو تفريع منه على أنه للمصالح، والمصلحة فى الوقف؛ لتبقى الغلة على المسلمين فى الدوام. وعلى القول الآخر: يقسم على المرتزقة كالمقول.

ومنهم من قال: وإن قلنا: إنها للمرتزقة فنجعلها وقفًا؛ لتكون رزقًا مؤبدًا عليهم بخلاف الغنيمة؛ إذ لا مدخل للاجتهاد فيها، فلذلك لا يفضل أحد على غيره لحاجة ومصلحة.

فإن قلنا بالوقف، فمنهم من قال: أراد الشافعى، رضى الله عنه، الوقف الشرعى الذى يحرم به البيع والقسمة.

ومنهم من قال: أراد التوقف عن قسمة الرقبة وقسمة الغلة دون الوقف الشرعى.

السابع: إذا فضل شيء من الأحماس الأربعة عن قدر حاجتهم، فيرد عليهم ويوزع

وإن زاد على كفايتهم. إلا إذا فرعنا على أنه للمصالح وأنه يصرف إليهم؛ لأنه أهم المصالح، فحيث إن ظهرت مصلحة أهم منه لم ترد الزيادة عليهم. والله أعلم.

الباب الثانى: فى قسم الغنائم

والغنيمة: كل مال تأخذه الفئة المقاتلة على سبيل القهر والغلبة من الكفار. فخمسةا يقسم بخمسة أقسام كخمس الفىء، وأربعة أخماسها للغنائم. فيتطرق إليها: النفل، والرضخ، والمسلب، ثم القسمة بعده:

النظر الأول: فى النفل

وهو زيادة مال يشترطه أمير الجيش لمن يتعاطى فعلاً مخاطراً يفضى إلى الظفر بالعدو، كتقدمه طليعة، أو تهجمه على قلعة، أو دلالة على طريق بلد.

والنظر فى قدره ومحلّه:

أما محله: فيجوز أن يكون من بيت مال المسلمين؛ لأنه من المصالح، فإن شرط منه فليكن قدر المال معلوماً؛ لأنه جعالة.

ويجوز أن يكون مما يتوقع أخذه من مال المشركين من خمس الخمس، وعند ذلك لا يشترط كونه معلوماً؛ فقد شرط رسول الله ﷺ الثلث فى الرجعة والرابع فى البدأة^(١).

وحكى القاضى عن القديم قولاً: أنه لا يختص بخمس الخمس والمصالح، بل يعطون الثلث والرابع مما أخذوا من أصل المال لا من خمس الخمس، والباقى يكون غنيمة مشتركة. وعلى هذا، فهل بخمس ما اختصوا به؟ فيه قولان كما سيأتى فى الرضخ.

فرع: لو قال الأمير: من أخذ شيئاً فهو له، وأراد أن يجعل كل ما أخذه نفلاً.

فقد قال الشافعى، رضى الله عنه: لو قال قائل بذلك كان ذلك مذهباً، وقد قال به أبو حنيفة، رضى الله عنه. فقال الأصحاب: هو ترديد قول: فعلى قول: يجوز؛ لما روى

(١) الحديث عن حبيب بن سلمة الفهرى، أخرجه: أبو داود (٢٧٥٠)، الترمذى (١٥٦١)، ابن ماجه (٢٨٥٢)، أحمد (٣٢٠/٥)، ابن حجر فى تلخيص الخبير (١٣٩٥)، ونحوه عن عبادة بن الصامت: «أن النبى ﷺ كان ينفل فى البدأة الربع، وفى الرجعة الثلث». أخرجه الترمذى (١٥٦١)، المتقى (١١٥٦٧)، عبد الرزاق (٩٣٢٨)، أبو داود (الجهاد ب ١٥٢، ١٥٧)، البيهقى (٣١٤/٦)، الحاكم (١٣٢/٢)، السيوطى فى الدر المنثور (١٥٩/٢)، التبريزى فى مشكاة المصابيح (٤٠٠٨).

أنه، عليه الصلاة والسلام، قال يوم بدر: «من أخذ شيئاً فهو له»^(١). والأصح: أنه لا يجوز، والحديث غير صحيح. وقد قيل: إن غنائم بدر كانت له، عليه الصلاة والسلام، خاصة يفعل فيها ما يشاء.

أما قدره: فباجتهاد الإمام، وليكن على قدر خطره في العمل، ولذلك زاد رسول الله ﷺ في الرجعة؛ لأن خطر التخلف عن العسكر في آخر القتال أعظم من خطر التقدم قبل القتال. والأظهر: أن ذلك كان ثلث خمس الخمس، وربع خمس الخمس. وقيل: معناه: أن يزداد لكل واحد مثل ثلث حصته أو مثل رבעه.

النظر الثاني: في الرضخ

وهو قدر من المال تقديره إلى رأى الإمام بشرط أن لا يزيد على سهم رجل من الغانمين، بل ينقص كما ينقص التعزير من الحد.

ومصرفه: العبيد، والصبيان المراهقون، والنساء. والكفار الذين حضروا الواقعة، فليس لهم رتبة الكمال حتى يدخلوا في القسمة.

وفى المحل الذى يخرج منه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه أصل الغنيمة؛ تقديمًا على الكل، كأجرة النقل والحمل. والثاني: أنه من خمس الخمس، كالتقل على رأى الأصح. والثالث وهو الأقيس: أنه من الأخماس الأربعة؛ لأنه سهم من الغنيمة استحقاقه بشهود الواقعة، لكنه دون سائر السهام.

فرع: الكافر إذا حضر بغير إذن الإمام، أو حضر بأجرة قلّرها الإمام فلا شيء له من الرضخ. وللإمام أن يستأجر أهل الذمة بشيء من المال.

فأما العبد إذا حضر استحق الرضخ، مأذوناً كان من جهة السيد أو الإمام أو لم يكن، قاتل أو لم يقاتل. وكذا النساء والصبيان. واعتبار الإذن فى حق الكافر؛ لأنه منهم.

النظر الثالث: فى السلب

وهو للقاتل نادى الإمام أو لم يناد، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلًا فله سلبه»^(٢). ثم النظر فى أربعة أركان:

(١) حديث: «من أخذ شيئاً فهو له»، أخرجه البيهقي (٣١٥/٦).

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: الطبراني (٢٩٦/٧)، ابن أبى شيبة (٣٦٩/١٢)، ٣٧٢، =

الركن الأول: في سبب الاستحقاق:

وهو ركوب الغرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفي بالكلية شره. فالحد مقيد بثلاثة شرائط:

الأول: ركوب الغرر، فلو رمى من حصن أو من وراء الصف وقتل: لم يستحق؛ لأن السلب حث على الهجوم على الخطر.

والثاني: أنه إن قهر الكافر بالإثخان وإن لم يقتله: استحق، وإن قتله غيره لم يستحق؛ قتل ابن مسعود أبا جهل فلم يعط سلبه؛ إذ كان أثخنه غيره^(١). ولو اشترك رجلان في القتل اشتركا في السلب.

وقطع اليدين والرجلين جميعاً إثنان، وقطع اليدين دون الرجلين، أو الرجلين دون اليدين فيه قولان؛ لأنه يعدو برجله عند فقد اليد فيجمع العسكر، ويقاقل بيده راكباً عند فقد الرجل.

أما إذا أسر كافراً وسلمه إلى الإمام فقولان: الأصح: أنه يستحق سلبه؛ لأنه قهر تام بما يكفي شره. والثاني: لا؛ لأنه لم يقتل ولا مهد سبيل القتل بالجراحة. وعسى الصحيح: لو فاداه الإمام أو استرقه، ففي رقبته ومال الفداء قولان في أنه هل يكون من جملة السلب؟

الشرط الثالث: كون القتل مقبلاً على القتال، فلو قتل منهزماً أو نائماً أو مشغولاً بالأكل: لم يستحق.

(١) = (٥٢٤/١٤)، مالك (٤٥٥)، ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦٨٢/٢)، الزيلعي في نصب الراية (٤٢٨/٣)، (٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٤)، ابن حجر في تلخيص الحبير (٣٥/٣)، وعن أبي قتادة في حديث طويل وفيه مرفوعاً: «من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه»، أخرجه: البخاري (١١٢/٤)، (١٩٦/٥)، مسلم (الجهاد ٤١)، أبو داود (٢٧١٧)، الترمذي (١٥٦٢)، البيهقي (٢٢٠/٦)، (٣٠٦، ٣١٦، ١٣٣/٨، ٢٠٥/٩)، الساعاتي في بدائع المنن (١١٦٧)، الشافعي (٢٢٣)، مسند الربيع بن حبيب (٢٠/٢)، الزيلعي (٤٢٨/٣)، مالك (٤٥٤)، التبريزي (٣٩٨٦)، البغوي في شرح السنة (١٠٦/١١)، ابن حجر في فتح الباري (٣٥/٨).

(١) أخرج هذه الرواية البخاري في صحيحه (٣١٤١)، عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، عن أبيه، عن جده، قال... الحديث، (ح ٣٩٦١ / ٣٩٦٣)، مسلم (١٧٥٢)، (١٨٠٠)، أبو داود (٢٧٠٩)، (٢٧٢٢)، ابن حجر في تلخيص الحبير (١٤٠٠)، وانظر: حديث أبي قتادة السابق، أخرجه: البخاري (ح ٣١٤٢).

الركن الثانى: فى المستحق:

وهو كل من يستحق السهم الكامل من الغنائم. ومستحق الرضىخ، هل يستحق السلب إذا قتل؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لعموم قوله، عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فنه سلبه». والثانى: لا؛ لأنهم كما استثنوا عن عموم آية الغنينة يستثنون عن عموم الحديث.

أما الذمى، إذا قتل فلا يستحق السلب. قطع به القاضى، وذكر وجهين فىمن قتل امرأة كافرة أو مراهقاً كافراً، فى أنه هل يستحق سلبه؟ ومنشأ التردد: تعدى التحريم بالقتل.

الركن الثالث: فى حد السلب:

وهو كل ما تثبت يد القتل عليه، مما هو عدة القتال وزينة المقاتل، كتيابه وسلاحه وفرسه. وما خفيه فى خيمته من كراع وسلاح لا يستحقه المقاتل. والصحيح: أنه يستحق ما معه من الخاتم والسوار والمنطقة. وما معه من الدنانير التى استصحبها لنفقة، فقولان مشهوران: أقيسهما: أنه يستحق؛ لأن جملة ما معه مطمع المقاتل. والثانى: لا يستحق، كالحقبة المشدودة على فرسه وفيها أقمشة ودنانير، فإنه لا يملك، اتفق عليه الأصحاب.

وقال القاضى: لا بد من إجراء الخلاف فيه، والقياس ما قاله. وأما الدابة التى معه، ففيه قولان:

أحدهما: لا يستحق؛ لأنه ليس مقاتلاً عليها. والثانى: نعم لأنه قد يعجز الواحد فيقاتل على الثانى، فهو كما لو كان يقاتل راجلاً وهو قابض للجام فرسه، فإنه يستحق سهم الفرس.

الركن الرابع: فى حكم السلب:

وحكمه: أنه يفرز من رأس المال الغنينة لصاحبه، ثم تقسم الغنينة بعده، ولا ينحصر فى خمس الخمس، بخلاف الرضىخ والنفل على رأى. وهل يخرج الخمس من السب؟ ذكر الفورانى قولين، والقياس: أنه يخرج، ولكن نقل عن خالد بن الوليد أنه عليه السلام «قضى بالسلب للقاتل، ولم يخمس»^(١). فاتباع الحديث أولى.

(١) الحديث أخرجه بهذا اللفظ: أبو داود (٢٧٢١)، أحمد (٢٨/٦)، سعيد بن منصور فى سبه =

النظر الرابع: في قسمة الغنيمة

وفيه مسائل: الأولى: إذا ميز الإمام الخمس والسلب والرضخ والنفل على التفضيل الذى تقدم قسم الباقي على الغنائم بالسوية، وقسم العقار كما يقسم المنقول، ويعطى الفارس ثلاثة أسهم والراجل سهمًا واحدًا، ولا يؤخر القسمة إلى دار السلام. هكذا فعله رسول الله ﷺ (١).

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجوز القسمة في دار الحرب، ولا يعطى الفارس إلا سهمين، ويتخير الإمام في العقار بين الرد على الكفار، أو الوقوف على المسلمين، أو القسمة على الغنائم. والكل مردود عليه بالأحاديث.

الثانية: مستحق الغنيمة: من شهد الواقعة مع تجريد القصد لنصرة المسلمين، فو لم يحضر في الابتداء ولحق بعد حيازة الغنيمة وانقضاء الحرب: لم يشترك في الاستحقاق. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يشترك في الاستحقاق إذا لحق في دار الحرب. وإن لحق قبل انقضاء الحرب شارك في الاستحقاق؛ لشهود الواقعة وحصول الغناء.

وإن كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة فقولان، ينظر في أحدهما إلى سبب الحيازة وهو القتال وفي الثانى إلى نفس الحيازة.

أما الثانى إذا حضر في الابتداء ثم مات: فإن كان بعد انقضاء القتال انتقل سهمه إلى ورثته؛ لأنه ملك بتمام القتال. وإن كان قبل الشروع في القتال فلا حق لورثته. وإن كان في أثناء القتال، نص الشافعى، رضى الله عنه، على أنه لاحق لورثته، ولكن نص في موت الفرس في أثناء القتال أنه يستحق سهمه.

فمن الأصحاب من قال قولان بالنقل والتخريج؛ إذ لا فرق بين الفرس والفارس. ففي قول: يستحق بشهوده بعض الواقعة. وفي قول: لا يستحق؛ نظرًا إلى آخر الأمر، فإنه محل الخطر. ومنهم من قرر النصيب وقال: إذا مات الفرس فالتبوع قائم، بخلاف ما إذا مات الفارس. ومهما مرض لا يرجى زواله، قال العراقيون: هو كالموت.

وذكر الفورانى قولين، ووجه القول الآخر: المصلحة فى حاجة المريض إلى المعالجة ونفقة الإيَّاب بخلاف الميت، وإن كان المريض مما يرجى زواله فلا يمتنع الاستحقاق لا فى ابتداء القتال ولا فى دوامه.

(٢٦٩٨). وأخرجه: مسلم (ح ٤٣، ١٧٥٣/٤٤)، من حديث عوف بن مالك الأشجعى وفى (٤٤)، بلفظ: «يا خالد! أما علمت أن الرسول ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى، ولكنى استكثرت».

(١) (انظر: البخارى (٢٨٦٣)، مسلم (١٧٦٢)، أبو داود (٢٧٣٣: ٢٧٣٦)، الترمذى (١٥٥٤)، النسائى (٣٥٩٣)، ابن ماجه (٢٨٥٤)، البيهقى (٣٢٤/٦، ٣٢٥)، ابن حجر فى تلخيص الحبير (١٤٠٦).

أما إذا هرب عن القتال سقط سهمه إلا إذا هرب متحيزاً إلى فئة أخرى أو متحرفاً لقتال. ومهما ادعى ذلك فالقول قوله مع يمينه.

وأما المخذل للجيش والمضعف لقلوبهم، ينبغي أن يُخرج من الصف، فإن حضر: لم يستحق لا السلب ولا الغنيمة ولا الرضخ؛ فإنه أسوأ حالاً من المنهزم.

المسألة الثالثة: إذا وجه الإمام سرية من جملة الجيش فغنمت شيئاً، شارك في استحقاقها جيش الإمام إذا كانوا بالقرب مترصدين لنصرتهم. وحد القرب: ما يتصور فيه الإمداد عند الحاجة. وقال القفال: القرب بالاجتماع في دار الحرب وإن تباعدوا، وهو بعيد. ولو بعث سريتين، فما أخذ كل واحد منها مضموم على جميع الجيش وعلى السريتين عند التقارب.

وذكر القاضى وجهاً: أن إحدى السريتين لا تشارك الأخرى، ولكن الجيش يشاركهما جميعاً.

المسألة الرابعة: الذين حضروا لا قصد الجهاد، كالأجير والتاجر والأسير: ففى الأجير على سياسة الدواب وغيره ثلاثة أقوال: أحدها: لا يستحق شيئاً؛ لأنه لم يخرج القصد للنصرة. والثانى: يستحق؛ لأنه قاتل فجمع بين القصدين، فإن لم يقاتل فلا يستحق قطعاً.

والثالث: أن قصده مردود فيخير بين إسقاط الأجرة وبين طلبها، فإن أعرض عن الأجرة استحق السهم وإلا فلا.

ومن أى وقت تسقط أجرته إذا أعرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: من وقت دخول دار الحرب. والثانى: من وقت ابتداء القتال؛ إذ هو السبب الخاص فى الملك. هذا فى أجير استؤجر لا لأجل الجهاد، فإن استؤجر للجهاد وهو مسلم: فالإجارة فاسدة إذ يجب عليه الصبر عند الوقوف فى الصف.

وإذا سقطت أجرته فهل يستحق السهم؟ وجهان، ووجه المنع: أنه أعرض عنه؛ طمعاً فى الأجرة. وإن كان كافراً واستأجره الإمام: صحّت الإجارة، وإن استأجره أحد الرعايا: فلا.

وأما التاجر: إذا قاتل قتلان كما فى الأجير؛ إذ القول الثالث بإسقاط مال الإجارة غير ممكن.

أما الأسير: إذا كان من هذا الجيش وعاد: استحق، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه فى مقاساة أمر الكفار.

وإن كان من جيش آخر وأسر من قبل، فإن التحق بالصف وقاتل: استحق، وإلا فقولان.

وإن كان كافراً وأسلم والتحق بجند الإسلام: استحق السهم، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه قصد إعزاز الإسلام، والأسير دونه؛ فإن قصده الخلاص، والأجير دون الأسير؛ لأن قصده الإفلات، وقهر الكفار بخلاف قصد الأجير.

المسألة الخامسة: لا يعطى سهم الفرس إلا لراكب الخيل، دون راكب الفيل والناقة والبغلة؛ لأن الكر والفر من خاصية الخيل. ثم يستوى فيه العتيق وهو الذى أبواه عربيان. والبرذون وهو الذى أبواه أعجميان. والمقرِف وهو الذى أمه عربية وأبوه غير عربى، والهجين وهو عكس ذلك.

ثم لا يدخل الإمام فى الصف من الخيل إلا شديداً، أما الفرس الضعيف والأعرج قال الشافعى، رحمه الله، فى الأم: قد قيل: يسهم له. وقيل: لا يسهم له.

فقال الأصحاب: قولان، ينظر فى أحدهما إلى الجيش ويعرض عن الأحوال، وينظر فى الثانى إلى تعذر القتال عليه. ولا شك أنه إذا أمكن القتال عليه استحق سهمه.

فروع: الأول: لو أحضر فرسين: لم يستحق إلا لفرس واحد. قال الشافعى، رحمه الله: لو أعطى للثانى أعطى للثالث، أى لا ضبط بعده.

الثانى: أن القتال إذا كان على خندق أو على حصن، واستغنى عن الفرس: فللفارس سهمه؛ لأنه ربما يحتاج إليه.

الثالث: لو كان الفرس مستعاراً أو مستأجراً: فسهمه لراكبه. وإن كان مغصوباً: فقولان، على أن سهمه للمالك أو للغاصب، يقربان من القولين فى أن ما ربحه التاجر على المال المغصوب بالتجارة للغاصب أم لا؟.

كتاب قسم الصدقات:

وفيه بابان:

الباب الأول: فى المستحقين

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

فى بيان الأصناف الثمانية المذكورة فى كتاب الله تعالى^(١)

الصنف الأول: الفقير:

وهو الذى لا يملك شيئاً أصلاً ولا يقدر على الكسب. والظاهر: أنه لا يشترط الزمانة ولا التعفف عن السؤال، وللشافعى، رضى الله عنه، قولان قديم فى اشتراطهما. فروع: أحدها: أن الفقير القادر على الكسب؛ إذا لم يقدر إلا بآلة: جاز أن يعطى الآلة من سهم الفقراء، حتى لو لم يعرف إلا التجارة واقتفر إلى ألف درهم يجمعه رأس المال: يجوز أن يعطى. فكذلك من يقدر أن يكسب كسباً لا يليق بمروءته يجوز أن يعطى. وكذا المتفقه، إذا كان يتشوش عليه التفقه إن اشتغل بالكسب، يعطى سهم الفقراء.

والمتصرف الذى يعمه الكسب عن استغراق الوقت بالعبادات لا يعطى سهم الفقراء؛ لأن الكسب أولى منه؛ قال عليه الصلاة والسلام: «الكسب فريضة بعد الفريضة»^(٢). وقال عمر، رضى الله عنه: كسب فى شبهة خير من مسألة الناس.

الثانى: المكفى بنفقة أبيه، فيه وجهان: أحدهما: لا يعطى سهم الفقراء؛ لاستغنائه به. والثانى: يعطى؛ لأنه استحق النفقة لفقره، فتزال بالصدقة حاجته إلى الأب.

وعلى هذا لا يجوز للأب أن يصرف إليه زكاته؛ لأنه يدفع به استحقاق النفقة عن نفسه، وله أن يصرف إليه سهم الغارمين؛ لأن قضاء دينه غير واجب عليه.

الثالث: الفقيرة التى لها زوج غنى.

(١) وذلك فى قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّمَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠].

(٢) الحديث أخرجه الزبيدى فى إتحاف السادة المتقين (١٣٨/٤).

وفى صرف سهم الفقراء والمساكين إليها وجهان قرينان على المكفى بالأب، وأولى بالمنع؛ لأن استحقاقها النفقة ليس بالحاجة، بل عوضاً عن الحبس، فكان كما لو استغنت باستحقاق المهر. فإن جوزنا، فلا فرق بين الزوج والأجنبي؛ إذ لا تندفع النفقة عن الزوج بزوال فقرها.

الصف الثاني: المساكين:

وهو كل من ملك ما يقع من كفايته موقعاً، ولكن لا يفى بكفايته، ويدخل فيه كل من له كسب ولكن لا يفى دخله بخرجه. والقادر على كسب يفى بخرجه لم يعط. وقال مالك: من ملك نصيباً لم يعط بحال، وإن لم يملك: أعطى وإن كان كسوباً. والفقير عندنا أشد حالاً من المسكين خلافاً لأبي حنيفة؛ إذ قال: للمسكين من لا شيء له.

وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر﴾ [الكهف: ٧٩]. وكان رسول الله ﷺ يتعوذ من الفقر ويقول: «الهم أحيى مسكيناً وأمتنى مسكيناً»^(١). فتدل الآية على أن المسكين له شيء، والخبر دل على أن الفقير أشد حالاً.

الصف الثالث: العاملون على الزكاة:

وهم السعاة والحساب، والكتاب، والقسامون، والحاشر، والعريف. وأما القاضى والإمام فلا، ورزقهم فى خمس الخمس المرصد للمصالح العامة؛ لأن عملهم عام.

وروى أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، أُرصد لنفسه ناقة من الفىء يفطر على لبنها، فأبطأت ليلة فى المرعى فحلب له من نعم الصدقة فأعجبه ذلك فسأل عنه، فقيل له: إنه من نعم الصدقة. فأدخل أصبعه فى حلقه واستقاءه، وغرم قيمته من المصالح.

فرعان: أحدهما: فى أجرة الكيال وجهان: أحدهما: أنه من سهم العاملين؛ إذ به يتم العمل، وإيجابه على المالك إيجاب زيادة على العشر. وهو اختيار أبى إسحاق. وقال ابن أبى هريرة: على المالك؛ لأنه للإيفاء، وهو واجب عليه. الثانى: إن فضل الثمن عن أجرة

(١) الحديث أخرجه: الترمذى (٢٣٥٢)، ابن ماجه (٤١٢٦)، البيهقى (١٢/٧)، الحاكم (٣٢٢/٤)، المنقى الهندى (١٦٥٩٢، ١٦٥٩٣، ١٦٦٦٨، ١٦٦٦٩). الهينى (٢٦٢/١٠)، العجلونى فى كشف الخفا (٢٠٦/١)، ابن عراق فى تنزيه الشريعة (٣٠٤/٢)، الذهبى فى ميران الاعتدال (١٠٥٦٠)، الفتى فى تذكرة الموضوعات (٥٩)، السيوطى فى اللالى المصنوعة (١٧٤/٢)، ابن الجوزى فى الموضوعات (١٤١/٣، ١٤٢).

مثل العامل صرف إلى بقية الأصناف، ولا يزداد على أجرة المثل؛ لأنه عوض العمل.
وإن نقص عن أجرة عملهم، فقد قال الشافعي، رضى الله عنه: يتم من بيت المال، ولو قيل: يتم من بقية الأصناف فلا بأس.

فمن الأصحاب من قال: قولان. ومنهم من قال: يتخير الإمام وينظر إلى سعة الصدقات وسعة بيت المال ويتبع فيه المصلحة.

الصف الرابع: المؤلف قلوبهم:

ومن ينطلق عليهم هذا الاسم ثلاثة أقسام:

الأول: كافر يتألف قلبه؛ لارتقاب إسلامه، وإما لاتقاء شره، وإما لأنه رجل مطاع يسلم بإسلامه جماعة منهم. فهذا لا يعطى أصلاً، أما من الصدقات فلأنه لا صدقة لكافر. وأما من المصالح فلأننا لا نعطي على الإسلام شيئاً، فمن شاء فليؤم، ومن شاء فليكفر. هكذا قال عمر، رضى الله عنه. وقد أعطى رسول الله ﷺ صفوان بن أمية لهذا التأليف، ولكن أعطى من خمس الخمس، فكان خاص ملكه^(١).

القسم الثاني: مسلم له شرف وله نظراء في الكفر يتوقع بإعطائه رغبة نظرائه في الإسلام. أعطى أبو بكر، رضى الله عنه، عدى بن حاتم الطائي ثلاثين بغيراً. ويلتحق به من غير صادق في الإسلام، فيخشى عليه التغير، فيعطى؛ تقريراً على الإسلام.

أعطى رسول الله ﷺ عيينة بن حصن والأقرع بن حابس كل واحد منهما مائة من الإبل^(٢). وفي الإعطاء بهذين الشئتين لهذا القسم قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الإسلام غنى عن التأليف بعد أن أعزه الله تعالى بالظهور. والثاني: نعم؛ تأسيساً برسول الله ﷺ، وعلى هذا قولان:

أحدهما: يعطى من المصالح؛ لأن هذه مصلحة الإسلام. والثاني: من الزكوات إذا ثبت سهم المؤلف، وهؤلاء أقرب قوم إلى موجب اللفظ؛ إذ تنزله على الكفار غير ممكن.

القسم الثالث: قوم لا يأخذون شيئاً من الفىء، وهم بالقرب من الكفار ونيتهم غير صادقة في الجهاد. وتألف قلوبهم بإعطائهم شيئاً للجهاد أهون من بعث سرية إلى تلك الجهة.

(١) روى ذلك البيهقي (١٧/٧)، الألباني في إرواء الغليل وصححه (٣/٣٦٧).

(٢) أخرج هذا مسلم (١٠٦٤)، البخاري (٤٣٥١)، عن أبي سعيد الخدري.

ويلتحق بهؤلاء قوم لا تصدق نيتهم في أخذ الزكاة ممن يقربون منهم، وتألفهم لصلب الزكوات من الأغنياء بأنفسهم حتى يستغنى سعاة الإمام عن التوجه إليهم أيسر من بعث السعادة.

فهؤلاء يعطون بهذين الشيئين قولاً واحداً، ولكن في محل العطاء أربعة أوجه:

أحدها: أنه من المصالح، إذ المصلحة عامة. والثاني: من الصدقات، وهو سهم المؤلف. والثالث: من سهم سبيل الله؛ فإنه تألف على الجهاد والغزو. والرابع: إن رأى الإمام أن يجمع بين سهم المؤلف وسهم سبيل الله تعالى فعل لاجتماع المعنيين.

الصف الخامس: الرقاب:

ويصرف من الصدقات إلى المكاتب الذين عجزوا عن أداء النجوم. وقال مالك، رحمه الله: يشتري به عبداً ويعتقون.

فروع أربعة: الأول: ليس للسيد صرف زكاته إلى مكاتب نفسه؛ لأنه عبده ما بقى عليه درهم.

الثاني: يعطى المكاتب قدر دينه بعد حلول النجم، وهل يعطى قبله؟ فيه وجهان: ينظر في أحدهما إلى الوجوب، وفي الآخر إلى عدم المطالبة.

الثالث: إذا سلم إليه فأعتقه السيد متبرعاً، أو أبرأه عن النجوم، أو تبرع غيره، بإعطائه وبالجملته استغنى عما أخذه. فإن كان ذلك قد تلف في يده قبل العتق ولو بإتلافه فلا غرم عليه. وإن كان باقياً في يده، فالظاهر: أنه يسترد منه لانتفاء الحاجة. وقيل: فيه قولان.

وإن كان قد سلم إلى السيد، ثم عجزه السيد ببقية النجوم والعين قائمة في يد السيد فالظاهر: أنه يسترد. ومنهم من طرد القولين.

الرابع: الأولى أن يدفع إلى السيد لإذن المكاتب، فلو سلم بغير إذنه لم يحز، ولو سلم إلى المكاتب بغير إذن السيد جاز؛ لأنه الأصل في الاستحقاق.

الصف السادس: الغارمون:

والديون ثلاثة: الأول: دين لزمه بسبب نفسه، فيقضى من الصدقات بثلاثة شرائط: أن يكون الدين حالاً، والسبب الذي فيه الاستقراض مباحاً، وأن يكون هو معسراً. فإن كان موسراً فلا يعطى. وإن كان مؤجلاً وله صنعة وقف يدخل منها قدر الدين فلا

يعطى، وإن لم يكن فوجهان كالمكاتب.

وإن كان السبب معصية ككتمان الخمر أو السرف في الإنفاق، فإن كان مصرراً لا يُعطى، وإن كان تائباً فوجهان، ينظر في أحدهما إلى الحال، وفي الثاني إلى أول الدين.

الثاني: ما لزمه بسبب حمالة تبرع بها؛ تطفية لثائرة فتنة بين شخصين في قتل أو في أمر تعظم الفتنة فيه. فإن كان معسراً يقضى دينه، وكذا إن كان يساره بالضياع والعروض.

وإن كان غنياً بالنقد فوجهان: أحدهما: ليقضى كالغنى بالعقار؛ لأن سبب قضائه كونه مصروفاً إلى مصلحة. والثاني: لا؛ لأن في تكليف بيع العقار هتكا لمروءته.

الدين الثالث: دين لزمه بطريق الضمان عن شخص، فإن كانا معسرين، أعنى الضامن والمضمون عنه، قضى من سهم الغارمين.

وإن كانا موسرين، أو كان المضمون عنه موسراً فلا يقضى؛ لأن فائدته ترجع إلى الموسر. وإن كان الضامن موسراً والمضمون عنه معسراً فوجهان:

أحدهما: يقضى، كما في الحمالة؛ لأن الضامن أيضاً من المروءات. والثاني: لا؛ إذ صرفه إلى المضمون عنه المعسر ممكن وفيه إسقاط للضمان.

أما إذا كان المضمون عنه موسراً ولكن امتنع الرجوع بسبب، فمطالبته الموسر بقضاء الدين حتى يبرأ الضامن ممكن، بخلاف مسألة الحملة. وقال أبو حنيفة، رضى الله عنه: لا يقضى دين غنى قط.

وهو مخالف لقوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة: غار في سبيل الله، أو عامل، أو غارم، أو رجل اشتراها بماله، أو رجل له جار مسكين فتصدق عليه فأهداها إليه»^(١).

الصنف السابع: المجاهدون في سبيل الله:

وهم المطوعة من الغزاة الذين لا يأخذون من الفىء ولا اسم لهم في الديوان، يعطون هذا السهم للصرف إلى السلاح والفرس والنفقة إعانة على الغزو وإن كانوا أغنياء.

(١) الحديث أخرجه: ابن ماجه (١٨٤١)، أبو داود (١٦٣٥، ١٦٣٦)، أحمد (٥٦، ٣٨٤/٢)، البيهقي (١٣/٧، ١٥، ٢٢، ٢٣)، ابن عبد البر في التمهيد (٩٥/٥، ٩٦، ٩٧، ٩٩)، الترمذي (١٨٣٣)، المتقى الهندي (١٦٥٠٣)، ابن خزيمة (٢٣٦٨)، الحاكم (٤٠٧/١).

فأما من له اسم في الديوان، فلا يعطى من الصدقة؛ لأن حقهم في الفىء، إلا إذا قاتلوا مانعى الزكاة، وكان قتالهم كالعمل على تحصيل الزكاة، فلا يبعد أن يعطوا سهم العاملين.

الصنف الثامن: ابن السبيل:

وهو الذى شَخَّصَ من بلده، أو اجتاز به، يصرف إليه سهم وإن كان معسراً، وإن كان له بيلد آخر مال أعطى قدر بلغته إليه. وهذا بشرط أن يكون السفر طاعة، فإن كان معصية فلا. وإن كان مباحاً فيعطى. وفي طريقة العراق وجه: أنه يشترط كونه طاعة.

فرع: إذا منعنا نقل الصدقة، فالشخص من بلد من أبناء سبيل ذلك البلد، قولاً واحداً. وكذا المجتاز به على الأظهر. وفي المجتاز وجه: أنه ليس من أبناء سبيل ذلك البلد. وقال أبو حنيفة: المجتاز هو من أبناء سبيل ذلك البلد، دون الشخص.

الفصل الثانى

فى موانع الصرف مع الاتصاف بهذه الصفات

وهى ستة:

الأول: الكفر:

فلا تصرف زكاة إلى كافر، وإن وجد الفقر والمسكنة.

الثانى: أن يكون مستحقاً للنفقة على من يخرج الزكاة كالابن مع الأب.

الثالث: أن يكون المال غائباً عن بلد الآخذ، فيمتنع على رأى من جهة نقل الصدقة.

الرابع: أن يكون الآخذ من المرتزقة ثابت الاسم فى الديوان، فلا تصرف إليهم الصدقات، كما لا يصرف خمس الخمس إلى أهل الصدقات؛ لأن لكل حزب مالا مخصوصاً بهم بنص الكتاب.

فإن لم يكن فى بيت المال شىء للمرتزقة، واتسع مال الصدقات، ذكر العراقيون قولين: أحدهما: يصرف إليهم؛ لتحقيق صفة الاستحقاق مع عجزهم عن مالهم. والثانى: لا؛ لأن مالهم هو الفىء بنص الكتاب.

فعلى هذا إن خفت الضرورة ولم يستغن الإمام عن المرتزقة، وجب على أغنياء

المسلمين إعانتهم من رعوس أموالهم. فإن قلنا: يعطون من الصدقات، فإنما يعطون من سهم سبيل الله تعالى.

الخامس: أن يكون من بنى هاشم وبنى المطلب، فقد حرم عليهم أوساخ أموال الناس بما أعطوا من خمس الخمس.

فأما سهم العاملين: هل يجوز أن يصرف إليهم إذا عملوا؟ وجهان، وكذا في المرتزقة إذا عملوا؛ بناء على أنه أجرة أو صدقة؟.

وهو مركب من الشئيين؛ إذ لا تصرف إلى كافر قطعاً، ولا يستعمل الكافر، ولا يزداد على أحر المثل في حق المسلم، فهذا يدل على اجتماع المعنيين.

وهل يصرف إلى مولى ذوى القربى؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ إذ لا نسب له. والثاني: لا؛ لأنه روى أنه سئل عنه عن ذلك فقال: «إنا أهل بيت لا نحل لنا الصدقة، وإنما مولى القوم منهم»^(١).

السادس: أن يكون قد أخذ سهم الصدقات بجهة واتصف بجهة أخرى، كالفقير الغارم إذا أخذ سهم الفقراء وطالب سهم الغارمين، ففيه طرق ثلاثة: أحدها: أنه لا يجمع، بل يقال له: اختر أيهما شئت؛ لأن عدد الأصناف مقصود. وعلى هذا سهم العاملين يجوز أن يجمع إلى غيره إذا غلبنا مشابه الأجرة. الثاني: أن فيه قولين، ينظر في أحدهما إلى اتحاد الشخص، وفي الآخر إلى تعدد الصفة. الثالث: أنه إن تجانس السببان، مثل أن يستحق الكل لحاجته، كالفقير وغرم لزمه لغرض نفسه فلا يجمع. وكذا الغارم لا صلاح ذات البين، فإن كل واحد حاجة المسلمين لا حاجته. وإن اختلف السبب، بأن استحق أحدهما لحاجته، والآخر حاجة غيره، فيجمع.

الفصل الثالث: فيما يُعرف به وجود الصفات

وهي منقسمة إلى خفيفة وجليّة:

أما الخفية: كال فقر والمسكنة، فلا يطالب بالبينّة؛ لتعذرهما، إلا إذا ادعى المسكين عيالاً، فيطالب لإظهاره؛ لإمكانه.

(١) الحديث أخرجه بهذا اللفظ: الطحاوى في شرح معاني الآثار (١٠/٢)، ابن سعد في الطبقات الكبرى (٤: ١: ٥٢).

وفي لفظ: «إنا أهل بيت نهينا أن نأكل الصدقة»، أخرجه أحمد (٣٥/٤)، الألبانى في السلسلة الصحيحة (١٦١٣).

وهل يحلف الفقير إذا اتهم؟ فيه وجهان: فإن قلنا: يحلف فاستحباب أم إيجاب؟ فوجهان.

أما ما يظهر: فإن كان يأخذ لغرض مرتقب كالغازي وابن السبيل فيعطى بغير عمن، ثم إن لم يغز ولم يسافر استرد. ومن يأخذ لغرض ناجز، كالمكاتب والغارم: فيطلب بالبينة؛ لإمكانها، وإقراره مع حضور مستحق الدين كالبينة.

وفيه وجه: أنه لا يقبل؛ لثمة المواطأة. وإن استفاض كونه مديوناً أو مكاتباً، وحصل غلبة الظن فلا بأس بترك الاستقصاء في البينة. أما المؤلف قلبه، إن قال: أن شريف مطاع، طولب بالبينة؛ لإمكانها. وإن قال: نيتي في الإسلام ضعيفة، صدق؛ لأن كلامه برهان كلامه.

الباب الثاني

في كيفية الصرف إلى المستحقين

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في القدر المصروف إلى كل واحد منهم

وفيه مسائل:

الأول: استيعاب الأصناف الثمانية واجب إن كانوا موجودين. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يجوز صرفه إلى صنف واحد. أما آحاد كل صنف فلا يجب استيعابهم؛ إذ لا حصر لهم. ثم يقتصر على أقل الدرجات، وهو ثلاثة؛ لأنه أقل الجمع، فإن أمكن الاستيعاب لانحصارهم فهو أولى. ويحتمل أن يقال: يجب الاستيعاب عند الإمكان.

الثانية: يجب التسوية بين سهام الأصناف الثمانية، فلكل صنف ثمن الصدقة، فإن عدم صنف وزع الكل على الباقي، فلكل سبع، وعلى هذا الحساب. وإنما هذا على المالك.

فأما الساعي فيجوز له أن يصرف صدقة واحد إلى شخص واحد؛ لأنه إذا وصل إليه فكأنه وصل إلى المستحقين.

فالنظر إلى الإمام في التعيين، فجميع الزكوات في يده كزكاة رجل واحد في يد نفسه. أما آحاد الصنف فلا يجب التسوية بينهم، بل المتبع مقادير الحاجة. فإن تساوت أحوالهم فالتسوية أولى، وقيل بالوجوب.

فإن صرف إلى اثنين: غرم للثالث أقل ما يتمول على أقيس الوجهين؛ لأنه يكفيه

ذلك القدر لو سلمه إليه ابتداء. وعلى الوجه الثاني: يغرم الثلث.

الثالثة: يعطى الغارم والمكاتب قدر دينهما، ولا يزداد، ويعطى الفقير والمسكين ما بلغ به أدنى الغنى، ولا يزيد، وهو كفاية سنة.

ويعطى المسافر ما يبلغه إلى المقصد أو إلى موضع ماله ويعطى الغازى الفرس والسلاح. وإن شاء أعاره، أو استأجر له، أو اشترى بهذا السهم أفراساً وأرصدها لسيل الله وقفاً عليهم.

ويعطيهم من النفقة ما زاد بسبب السفر، وهل يعطى أصل النفقة؟ وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه لا ضرورة بينة، وإن لم يسافر فلا يعطى ما يزيد بسفره. والثاني: أنه يعطى الكل؛ فإنه متجرد للغزو.

الفصل الثاني

فى نقل الصدقات إلى بلدة أخرى

وفيه ثلاثة أقوال:

أحدها: الجواز؛ لعموم الآية. والثاني: المنع؛ لمذهب معاذ، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «أنبئهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، وترد فى فقرائهم». فيدل على الحصر فى البلد، ولأن أعين المساكين ممدودة إلى المال وفى النقل إضرار. والثالث: أنه لا يجوز النقل، ولكن تبرأ ذمته، كما لا يجوز التأخير فى الزكاة ولكن تبرأ ذمته.

ومن الأصحاب من طرد هذا الخلاف فى مال الوصية والكفارات والندور، وهو بعيد؛ لأنه لا تمتد إليه الأعين فإنها غير متكررة.

فأما صدقة الفطر: فحكمها حكم الزكاة فى منع النقل ووجوب الاستيعاب. وقال الإصطخرى: يجوز صرفها إلى صنف واحد؛ لقلته.

فإن منعنا النقل، ففيه مسائل:

الأولى: تعتبر بلدة المال ويفرق بها، لا بلدة المالك. وفى صدقة الفطر وجهان. والأظهر رعاية بلدة المالك؛ لأن ذلك صدقة الرعوس، وهذه صدقة الأموال.

ثم لو كان المال فى الحول فى بلدين، فالنظر إلى وقت الوجوب. والبلدى هو الحاضر فى البلد وقت أخذ الصدقة وإن كان غريباً.

الثانية: لو امتد طول البلدة فرسخاً، فحكمها واحد. نعم، الصرف إلى الجيران أولى،

كما أنه إلى الأقارب أولى، والقريب الذى ليس بجار أولى من الجار الأجنبى. أما القرية فلا تنقل منها الصدقة إلى قرية أخرى، بخلاف المحليتين.

فأما أهل الخيام، فإن كانوا يجتازين لا مقام لهم، فصلحتهم لمن يدور معهم من الأصناف، فإن لم يكن معهم فلا قرب بلدة إليهم وقت تمام الحول.

وإن كانوا ساكنين مجتمعين على التقارب، فيحل النقل إلى ما دون مسافة القصر وفوقها؛ إذ لا فاصل سواه.

وإن كان كل حلة بعيدة عن الأخرى، فوجهان: أحدهما: أنها كالقرى. الثانى: أنها كالخيام المتواصلة فيضبط بمسافة القصر.

الثالثة: إن عدم بعض الأصناف فى بلد: فإن عدم العامل فقد سقط سهمه؛ للاستغناء عنه. وإن عدم غيره ووجد فى مكان آخر، فوجهان: أحدهما: ينقل؛ لأن استيعاب الأصناف أهم من ترك النقل. والثانى هو اختيار القاضى: أنه يرد إلى الباقيين؛ لأن من عدا أهل البلد كالمعلوم فى حقه.

فعلى هذا إن رددنا عليهم ففضل عن حاجتهم، فالفاضل لا بد من نقله؛ لأنه فقد مستحقه، فهو كما إذا عدم كل الأصناف؛ إذ يتعين النقل.

الرابعة: للمالك إيصال الصدقة بنفسه، سواء كان المال ظاهراً كالنعم والزروع، أو باطناً كالنقد. وللشافعى، رضى الله عنه، قول قديم: أن زكاة الأموال الظاهرة يجب صرفها إلى الإمام.

ففى الأفضل خلاف إن كان الإمام عادلاً، فإن كان جائراً، فالأصح: أن مباشرته بنفسه أولى. ولا خلاف فى أن يد الإمام لو طلب وجبت الطاعة؛ لأنه فى محل الاجتهاد. وهل له المطالبة بمال النور والكفارة؟ فيه وجهان.

الخامسة: إن نصب الإمام ساعياً، فليكن مسلماً، مكلفاً، حرّاً، عدلاً، فقيهاً بأبواب الزكاة، غير هاشمى، ولا من المرتزقة إلا على أحد الوجهين.

وليعلم الساعى فى السنة شهراً يأخذ فيه صدقة الأموال، فيسم الصدقات، فيكتب على نعم الصدقة لله، وعلى نعم الفىء «صغار».

وفائدته: تمييز أحد المالىين عن الآخر. ثم موضع رسم الغنم آذانها؛ لكثرة الشعر على غيره، وللبقر والإبل أفخاذها، وليكن ميسم الغنم ألطف من ميسم البقر والإبل.

الفصل الثالث: في صدقة التطوع

وفيه مسائل: الأولى: لا تحرم صدقة التطوع على الهاشمي والمطلبى. وهل كان يحرم على رسول الله ﷺ؟ فيه خلاف، مأخذه: أن امتناعه عن القبول كان ترفعا أو تورعا؟.

الثانية: صدقة السر أفضل؛ قال الله تعالى: ﴿إِنْ تَبَدُّوا الصَّدَقَاتِ فَنِعْمًا هِيَ﴾ الآية [البقرة: ٢٧١]. وقال، عليه الصلاة والسلام: «صلة الرحم تزيد في العمر، وصدقة السر تطفئ غضب الرب، وصنائع المعروف تقى مصارع السوء»^(١).

الثالثة: صرفها إلى الأقارب أولى؛ لقوله عليه الصلاة والسلام، لزَيْنِب امرأة عبد الله ابن مسعود: «زوجك وولدك أحق من تصدقت عليه»^(٢).

الرابعة: الإكثار منها في شهر رمضان مستحب. قال ابن عباس، رضى الله عنه: «كان رسول الله ﷺ أجود الناس بالخير، وكان أجود ما يكون في شهر رمضان»^(٣).

الخامسة: من احتاج إلى المال لعياله فلا يستحب له الصدقة؛ لأن نفقة العيال كالدين، قال عليه الصلاة والسلام: «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوته»^(٤). فإن فضل عنهم، فإن كان يثق بالصبر على الإضافة، فيستحب له التصدق بالجميع بعد فراغه من قوت يومه؛ لما روى عن عمر، رضى الله عنه، أنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ بالتصدق، فوافق

(١) الحديث بلفظ: «صلة الرحم تزيد العمر»، أورده السيوطى فى الدر المنثور (٣٥٤/١)، المنذرى فى الترغيب والترهيب (٣٢/٢)، المتقى الهندى (٦٩٠/٩)، العجلونى فى كشف الخفا (٤١/٢)، ولفظ: «صلة الرحم تزيد فى العمر»، مسند شهاب (١٠٠)، الألبانى فى السلسلة الصحيحة (١٩٠٨)، الهيثمى فى مجمع الزوائد (١١٥/٣).

(٢) الحديث: أخرجه عن أبى سعيد الخدرى، رضى الله عنه: البخارى (ح ١٤٦٢)، الهيثمى فى مجمع الزوائد (١١٩/٣)، البغوى فى شرح السنة (٣٧/١)، المتقى الهندى (١٦٢٣٥)، أحمد (١٧٣/٢)، الحاكم (٤٦٠/٣)، الهيثمى أيضا فى مجمع الزوائد (١٤٧/٦)، الألبانى فى إرواء الغليل (٣٨٥/٣).

(٣) الحديث أخرجه عن ابن عباس: البخارى (٢٣٠٨، ١٩٠٢)، مسلم (الفرائض ٤٨، ٥٠)، أحمد (٣٦٣/١)، البيهقى (٣٠٥/٤)، السيوطى فى الدر المنثور (١٨٧/١)، التبريزى فى مشكاة المصابيح (٢٠٩٨)، الزبيدى فى إتحاف السادة المتقين (٢٣١/٤)، (١٣٨/٧).

(٤) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: أبو داود (١٦٩٢)، أحمد (١٦٠/٢، ١٩٤، ١٩٥)، البيهقى (٤٦٧/٧، ٢٥/٩)، الهيثمى (٣٢٥/٤)، الطبرانى (٣٨٢/١٢)، التبريزى فى مشكاة المصابيح (٣٣٣٦)، البغوى (٣٤٢/٩)، السيوطى فى الدر المنثور (٢٥٤/١، ٦٥/٣)، ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (١٤٧٧/٤)، العجلونى فى كشف الخفا (١٦٥/٢)، الألبانى فى إرواء الغليل (١٦٧/٤).

ذلك مالاً عندى، فقلت: اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً، فجئت رسول الله ﷺ بنصف مالى، فقال لى: «ماذا أبقيت لأهلك؟» قلت: مثله، فجاء أبو بكر، رضى الله عنه، بجميع ماله، فقال له: «ماذا أبقيت لأهلك؟» فقال: الله ورسوله، فقال عليه الصلاة والسلام: «بينكما ما بين كلمتيكما»، فقلت: لا أسابقك إلى شيء أبداً^(١). فأما من لا يصبر على الإضافة كره له التصديق بجميع المال.

قال جابر: بينا نحن عند رسول الله ﷺ إذ جاءه رجل بمثل البيضة من الذهب أصابها من بعض المعدن، فقال: يا رسول الله، خلها صدقة، فوالله ما أصبحت أملك مالاً غيرها، فأعرض عنه حتى جاء من جوانبه وأعاد عليه، فقال عليه الصلاة والسلام: «هاتها» مغضباً، ورمى رمية لو أصابته لأوجعته أو عقرتة، ثم قال: «يأتى أحدكم بماله كله ويتصدق به، ثم يجلس بعد ذلك يتكفف وجوه الناس، إنما الصدقة عن ظهر غنى»^(٢). والله أعلم بالصواب.. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

* * *

(١) الحديث أخرجه: الزيدى فى إتحاف السادة المتقين (١٠٣/٤).

(٢) الحديث أخرجه: أحمد (٥٠١/٢)، البيهقى (١٨١/٤)، ابن خزيمة (٢٤٤١)، الطبرى (٢١٤/٢)، البغوى (١٧٩/٦)، المتقى فى كنز العمال (١٦٢٧٠)، ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (١٧٠٤/٥).

كتاب النكاح^(١)

اعلم أن النظر في أحكام النكاح، تحصره خمسة أقسام: الأول: في المقدمات. والثاني: في مصححات العقد من الأركان والشرائط. والثالث: في موانع العقد: من النسب، والمصاهرة، والكفر، والرق وغيره. والرابع: في موجبات الخيار فيه. والخامس: في لواحق النكاح وتوابعه.

القسم الأول: في المقدمات

وهي خمسة: الأولى: في بيان خصائص رسول الله ﷺ وله اختصاص بواجبات، وعمرات، ومباحات، ومخفقات^(٢) لم تشاركه أمته فيها.

(١) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه: نكحت البر في الأرض، إذا حرثتها وبذرت فيها، ونكح المطر الأرض: إذا خالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل: إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسياً، كما ذكر، ومعنوياً ك: نكح النعاس العين. ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة، وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري: هو الوطء حقيقة، ومنه قول الفرزدق:

إذا سقى الله قوماً صوب غادية فلا سقى الله أرض الكوفة مطراً
التاركين على طهر نساء همو والتاكحين يشطى دجلة البقرا

وهو مجاز في العقد، لأن العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة. قال الشاعر: [الطويل] ضمنت إلى صدرها كما نكحت أم الغلام حببها أي: كما ضمنت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: هو مشترك بين العقد مجاز في الوطء.

وقيل: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء، فبالقرينة يتعين المقصود والمراد باللفظ المشترك.

من هنا نشأ الخلاف بين الفقهاء في تعيين معنى للفظ النكاح فكانت مذاهبهم على ما سبق بيانه.

ومذهب الجمهور قائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

انظر: الصحاح (٤١٣/١)، المعجم الوسيط (٩٥١/٢)، لسان العرب (٦٢٥/٢)، المصباح المسير (٩٦٥/٢)، القاموس المحيط (٢٦٣/١)، مغنى المحتاج (١٢٣/٢)، المغنى (٣/٧)، الكافي (٥١٩/٢).

(٢) سبق لنا تعريف الواجب فلا حاجة لإعادته، وكذلك الحرام عند الكلام على البيع وقت انتهاء الجمعة، وبيننا الفرق بين الحرام لذاته، والحرام لغيره؛ ونجمله في هذا التعريف:

أما الواجبات: فكالضحى، والأضحى، والوتر. قال ﷺ: «كتب على ثلاث لم تكتب عليكم: الضحى، والأضحى، والوتر»^(١). وكالتهدج؛ قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَتَهْجِدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ﴾ [الإسراء: ٧٩] أى: زيادة لك على درجاتك. وقال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] فظاهره للإيجاب وقيل: إنه استحباب؛ لاستمالة القلوب. وترددوا في وجوب السواك عليه.

وإنما اختص في أمر النكاح بوجوب التخيير لنسائه بين التسريح والإمساك. ولعل سره فيه أن الجمع بين عدد منهن، يوغر صدورهن بالغيرة التي هي أعظم الآلام، وهو إيذاء يكاد ينفر القلب، ويوهن الاعتقاد، وكذلك إلزامهن الصبر على الضر والفقر يؤذيهن. ومهما ألقى زمام الأمر إليهن خرج عن أن يكون بصدد التأذى والإيذاء، فنزه عن ذلك منصبه العلى، وقيل له: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزَاجِكُمُ﴾ [الأحزاب: ٢٨] ونزل ذلك عليه حين ضاق صدره ﷺ من كثرة خصامهن، واقتراحن زينة الدنيا حتى آلى^(٢) عنهن، ومكث في غرفته شهراً، فابتدأ ﷺ بتخيير عائشة رضى الله عنها وقال: «إنى

=الحرام: هو ما دل خطاب الشارع على طلب الكف عنه طلياً جازماً. والحرام يكفر منكروه لإنكاره ما ثبت بدليل قطعي.

أما المباح: هو ما يحير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك، وهو جواز الفعل والترك من غير ترجيح بينهما، وحكمه أنه لا يستوجب مدحاً ولا ذمّاً ولا لوماً ولا عتاباً، وهو من أحكام التكليف؛ لأنه يتضمن لفظ التكليف لا حقيقة وهو طلب الفعل أو تركه فيكون التخيير هنا من باب التغليب، أو قد يسمى المباح تكليفاً بالظن إلى وجوب اعتقاد كونه مباحاً، والوجوب خطاب تكليف؛ ويطلق على المباح الحلال والجائز، والمطلق.

أما المخففات: فإنما يقصد المصنف بها الرخص؛ فإن كانت تلك الرخص فيما دل الدليل على خصوصيته به حرم الاقتداء به فيها كالزيادة على أربع، وغير ذلك بالتصريح به في الكتاب أو منه ﷺ بأنه محاص به.

انظر: كتابنا المدخل الأصولية (مدخل الحكم الشرعي، ومدخل الحاكم).

(١) هذا الحديث روى بألفاظ كثيرة لم يصح منها شيء. منها ما رواه: أحمد (٢٣١/١)، ٢٣٤، ٣١٧، والبيهقي (٤٦٨/٢، ٨٩/٧، ٢٦٤/٩)، والحاكم (٣٠٠/١)، والطبراني (٣٠١/١١)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١١٨/٣)، وابن حجر في فتح الباري (٤/١٠)، والسيوطي في الحاوي (٦٢/١)، والدارقطني (٢٨٢/٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٥٧٧٥)، وابن عدى في الكامل في الضعفاء (٥١٣/٢)، ٢١٢/٧، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٣٩٩/٤)، والنسائي في الضعفاء والمتروكين (ص ٢٣)، وابن شاهين في الناسخ والمنسوخ (ص ١٩٢، ١٩٣).

(٢) آلى: حلف، والإيلاء هو اليمين مطلقاً وسيأتى تعريف الإيلاء تفصيلاً في موضعه إن شاء الله.

ملق إليك أمراً، فلا تبادريني بالجواب حتى تؤامري أبويك» وتلا الآية، فقالت: «أفيك أوامر أبوي؟» اخترت الله ورسوله والدار الآخرة، ثم قالت: لا تخبر زوجاتك باختياري إياك وأرادت أن يختار سائر أزواجه الفراق. فطاف على نسائه، وكان يخبرهن باختيار عائشة إياه فاخترن الله ورسوله بأجمعهن^(١).

والصحيح: أن واحدة لو اختارت الفراق لما بانَّت بنفس الاختيار؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعْنِ وَأَسْرَحْكَ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وأن الجواب لم يجب عليهن على الفور؛ بدليل قوله: «حتى تؤامري أبويك»^(٢).

(١) الحديث أخرجاه في الصحيحين عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف أن عائشة رضی الله عنها، زوجها النبي ﷺ أخبرته: أن رسول الله ﷺ حاصها حين أمر الله أن يخبر أزواجه، فبدأ بي رسول الله ﷺ، فقال: «إني ذاكر الله أمراً، فلا عليك أن تستعجلي حتى تستأمرى أبويك»، وقد علم أن أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه. قالت: ثم قال: «إن الله قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ﴾»، إلى تمام الآيتين، فقلت له: ففى أى هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة.

هذا لفظ البخارى حديث (٤٧٨٥)، وروى نحوه البخارى أيضاً حديث (٤٧٨٦)، وفيه زيادة: «قالت: ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت».

ورواه مسلم حديث (١٤٧٥) بدون الزيادة التى أوردها البخارى فى الثانى، وذكر مسلم فى الحديث الآيتين تامتين ٢٨، ٢٩ الأحزاب. ورواه مسلم أيضاً عن جابر بن عبد الله رضی الله عنه، وفيه زيادات الذى يعيننا منها هو قول عائشة لرسول الله ﷺ، وهو: «وأسألك أن لا تخبر امرأة من نساءك بالذى قلت، قال: لا تسألنى امرأة منهن إلا أخبرتها إن الله لم يعثنى معنئاً ولا متعنتاً، ولكن بعثنى معلماً ميسراً». الحديث (١٤٧٨)، وفهم المصنف من كلام عائشة ما لا يليق بها رضی الله عنها، ولم يوجد فى كتب الحديث شيء يرجع ما قاله المصنف لا منطقاً ولا مفهوماً.

قال ابن حجر فى فتح البارى (٥٢٢/٨): إن الزيادة التى ذكرها مسلم فى حديث (١٤٧٨) السابق ذكره. قال: «هذا منقطع بين أيوب وعائشة، ويشهد لصحته حديث جابر، والله أعلم»، ثم قال: تنبيه: وقع فى النهاية والوسيط التصريح بأن عائشة أرادت أن يختار الفراق، فإن كانا ذكرهما فيما فهماه من السياق فذاك وإلا فلم أر فى شيء من طرق الحديث التصريح بذلك. أهد. هذا وقد أخرج نحو هذا الحديث أيضاً: ابن ماجه (٦٦٢/١)، والترمذى (٣٢٧/٥)، والنسائى (١٦٠/٦).

(٢) هذا وجه، وذهب بعض العلماء إلى أنه خاص بعائشة لصغر سنها، قال ابن حجر فى فتح البارى (٥٢٢/٨)، وفيه أن صغر السن مظنة الرأى، قال العلماء: إنما أمر النبي ﷺ عائشة أن تستأمر أبويها خشية أن يحملها صغر السن على اختيار الشئ الآخر لاحتمال أن لا يكون عندها من الملكة ما يدفع ذلك العارض، فإذا استشارت أبويها أوضحتها لها ما فى ذلك من المفسدة، وما =

وهل كان يحرم طلاق من اختارته منهن؟ فيه خلاف، ودليل التحريم قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدِ وَلَا أَنْ تَبْدُلَ بِهِنَ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ [الأحزاب: ٥٢]. ومذهب الشافعي رضى الله عنه أنه حرم عليه الزيادة عليهن، ثم نسخ ذلك. وعند أبي حنيفة رحمه الله: دام التحريم ولم ينسخ^(١).

وأما المحرمات: فقد حرم عليه الزكاة، والصدقة؛ صيانة له ولمنصبه عن أوساخ الأموال التي تعطى على سبيل الترحم، وتنبىء عن ذل الآخذ، وأبدل بالفىء المأخوذ على سبيل القهر والغلبة، المنبىء عن عز الآخذ، وذلل المأخوذ عنه. وشاركه فى هذا الفىء ذوو القربى. وقيل: إنهم لم يشاركوه فى تحريم الصدقة، بل فى الزكاة فقط.

وكان ﷺ لا يأكل الثوم^(٢). وقال: «لا أكل متكئاً»، فقيل: إنه حرم عليه ذلك، وقيل: كان ذلك منه تنزهًا وترفعًا.

ونكح رسول الله ﷺ امرأة، فعلتها نساؤه أن تقول عند لقائه: «أعوذ بالله منك» وقلن: «هذه كلمة تعجبه»، فقالت ذلك لما دخل ﷺ عليها، فقال: «لقد استعذت بمعاذ؛ فالحقى بأهلك»^(٣) ففهم منه أنه حرم عليه نكاح امرأة تكره صحبتته. وجدير أن يكون ذلك محرماً عليه؛ لأنه نوع من الإيذاء؛ ويشهد لذلك إيجاب التخيير.

صفي مقابلة من المصلحة، ولهذا لما فطنت عائشة لذلك قالت: «قد علم أن أبوى لم يكونا يأمراني بفراقه»، ووقع فى رواية عمرة عن عائشة فى هذه القصة: «عذى رسول الله ﷺ حديثي»، وهذا شاهد للتأويل المذكور. أ.هـ. قلت: وأمر النبي ﷺ عائشة أن تستأمر أبويها لا يدل على الوجوب إذ لو كان واجباً ما قبل منها جوابها فى الحال دون الرجوع إليهما. هذا وما ذهب إليه المصنف من أن الاستأمار لم يكن لعائشة خاصة لصغر سنها يدل عليه المسكوت عنه فى قول عائشة، فى الحديث: «ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت»، وفيه أن النبي ﷺ عرض عليهن ما عرضه على عائشة، ومنه الاستأمار، وهو ما دل عليه لفظ عائشة فى غير محل النطق، والله أعلم.

(١) قلت: الآية فيها دليل على تحريم المعدد لا العدد فتحريم المعدد من قوله: ﴿وَلَا أَنْ تَبْدُلَ بِهِنَ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ أما العدد فلا يحرم عليه ﷺ كما حرم على غيره الزيادة من غير تبديل منه، وأيضاً القصصان إن اختارت إحداهن المتاع والمراح كما سبق ذكره، والله أعلم.

(٢) وكان ﷺ يكره أن يقرب آكله المسجد، فقال: «من أكل من هذه الشجرة فلا يقربن مسجداً»، أخرجه عن أنس مرفوعاً، ونحوه عن جابر رضى الله عنهما مرفوعاً أيضاً البخارى (٥٤٥١)، (٥٤٥٢)، وللحديث ألفاظ أخر كثيرة نكتفى بما ذكرنا.

(٣) الحديث عن أبى حنيفة مرفوعاً أخرجه البخارى (٥٣٩٨، ٥٣٩٩)، وأبو داود (٣٧٦٩)، والترمذى (١٨٣٠)، وابن ماجه (٣٢٦٢).

واختلفوا في أنه، هل كان يحرم عليه نكاح الكناية الحرة، ونكاح الأمة؟ وأنه لو جاز له نكاح الأمة، هل كان ينعقد ولده على الرق؟.

ونحن لا نرى الخوض في تصحيح أدلة ذلك وتزييفها؛ لأنها أمور تخمينية؛ إذ لا قاصع فيها. وتخمين الظن فيما لا حاجة فيه إلى العمل في الحال تضييع زمان واقتحام خطر. وأما المباحات والتخفيفات: فقد أبيح له الوصال في الصوم، وصغية المغنم، والاستبداد بخمس الخمس، «ودخول مكة بغير إحرام»^(١). وحرم ميراثه، فقال: «إنا معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة»^(٢).

وفي النكاح أبيح له الزيادة على أربع. وفي الزيادة على التسع خلاف. وكذلك في انحصار الطلاق في الثلاث خلاف. وكان ينعقد نكاحه بلفظ «الهيبة». وقالوا: إذا وقع بصره على امرأة فوقعت منه موقعا، وجب على الزوج تطبيقها؛ لقصة زيد^(٣). ولعل

(١) الحديث بهذا اللفظ الذي أورده المصنف فيه زيادات منكرة لا تليق بأسماء المؤمنين ولا بالنبي الذي يوحى إليه ويخبر بما يحدث من نسائه كما دل عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا نَبَأَهَا بِهِ قَالَتْ مِنْ أَنْبَاكَ هَذَا قَالَ نَبَأَنِي الْعَلِيمُ الْخَيْرُ﴾. أما لفظه في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها، أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله ﷺ، ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: «لقد عدت بعظيم، الحقى بأهلك».

أخرجه البخاري (ح ٥٢٥٤)، وأخرج نحوه عن أبي أسيد رضي الله عنه (ح ٥٢٥٥)، والنسائي (١٥٠/٦)، والبيهقي (٣٩/٧)، والحاكم (٣٥/٤)، والمتقي الهندي (٣٧٣٩١، ٣٧٨٢٢)، وابن حجر في فتح الباري (٣٥٦/٩)، وابن سعد في الطبقات الكبرى (١٠١/٨).

وفي رواية: «لقد عدت بمعاذ» أخرجه ابن ماجه (٢٠٣٧)، وأحمد (٤٩٨/٣)، والطبراني (٢٦٢/١٩)، وابن سعد (١٠١/٨)، ولقد ذكر ابن حجر في الفتح (٣٥٨/٩)، والشوكاني في نيل الأوطار (٢٤٥/٦) حاكيا عن الحافظ ابن حجر عن ابن عبد البر هذه الزيادة التي أوردها المصنف وسكتوا عنها، ولم يبينوا لها سند.

قلت: وابن سعد في روايته هذه الزيادة بإسناد ضعيف.

(٢) الحديث أخرجه مسلم (١٣٥٨)، والنسائي (٢٠١/٥)، وابن أبي شيبة (٢٣٤/٨)، والمتقي الهندي (٢٥٣/٣)، والبيهقي في دلائل النبوة (٦٧/٥)، والبعوى في شرح السنة (٣٩٩/١٠).

(٣) هذا الوجوب لم يقل به أحد، وقصة زيد بن حارثة رضي الله عنه، ليس فيها ما يدل على هذا الوجوب، وليس فيها أن النبي ﷺ وقع بصره على امرأة زيد، وهي ابنة عمته التي يعرفها، فوقعت منه موقعا إلا من قصة اختلقها أعداء الإسلام عليه ﷺ، وعدم ذكرها هنا أفضل. هذا حقاقتها ولأن علماء المسلمين ذكروها للرد عليها وهنا ليس موضع للرد. انظر: تفسير ابن كثير (٤٧٢/٣)، وقال رحمه الله: «ذكر ابن أبي حاتم وابن جرير هاهنا آثارا أحسبنا أن يضرب عنها صفحا، لعدم صحتها، فلا نوردها» أ.هـ. وانظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٨٨/١٤) - (١٩٩). والقصة مفادها أن الله سبحانه أراد أن يهدم ما كان عليه العرب في مسأنة النبي =

السرف فيه من جانب الزوج امتحان إيمانه بتكليفه القول عن أهله، ومن جانبه ﷺ ابتلاؤه ببلية البشرية، ومنعه من خائفة الأعين، ومن إضمار ما يخالف الإظهار. ولذلك قال تعالى: ﴿وتخفى في نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه﴾ [الأحزاب: ٣٧]. ولا شيء أدعى إلى غض البصر وحفظه عن لمحاته الاتفاقية من هذا التكليف.

وهذا مما يورده الفقهاء في صنف التخفيف. وعندى أن ذلك في حقه غاية التشديد؛ إذ لو كلف بذلك آحاد الناس، لما فتحو أعينهم في الشوارع والطرق خوفاً من ذلك، ولذلك قالت عائشة رضی الله عنها: «لو كان رسول الله ﷺ يخفى آية لأخفى هذه الآية» (١).

واختلفوا في انعقاد نكاحه بغير ولي وشهود، وفي حالة الإحرام. وهل كان يجب عليه القسم؟ أو كان يقسم تبرعاً وتكرماً؟ فيه خلاف.

ولا خلاف في تحريم نسائه بعد وفاته على غيره؛ فإنهن أمهات المؤمنين. ولا نقول: بناتهن أخوات المؤمنين، ولا إخوانهن أخوال المؤمنين، بل يقتصر على ما ورد من الأمومة، ويقتصر التحريم عليهن.

وفي تحريم مطلقاته على غيره ثلاثة أوجه: أعدها أنها إن كانت مدخولاً بها حرم؛ لما روى أن الأشعث بن قيس نكح المستعينة في زمان عمر رضي الله عنه فهم عمر رضي الله عنه برجم الأشعث، فذكر له أنها لم تكن مدخولاً بها، فكف عنه (٢).

ولا شك في أن المخيرات لو اختارت واحدة منهن الفراق لحل لها النكاح؛ إذ بذلك يتم التمكن من زينة الدنيا.

وقد مات ﷺ عن تسعة: عائشة، وحفصة، وأم حبيبة، وأم سلمة، وميمونة، وصفية، والجويرة، وسودة، وزينب وهي امرأة زيد، رضي الله عنهن.

حرمي تحريمهم زوجة المتبني على المتبني. وانظر: فتح الباري (٥٢٣/٨، ٥٢٤)، وصفة الصموة لابن الجوزي (١٦٠/١)، وأضواء البيان للشنقيطي (٥٨٢/٦).

(١) الحديث أخرجه مسلم (١٧٧/٢٨٨) كتاب الإيمان بلفظ: «وقالت: ولو كان محمد ﷺ كأنما شيئاً مما أنزل عليه لكم هذه الآية: ﴿وإذا تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك روحك واتق الله وتخفى في نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه﴾ [الأحزاب: ٣٧].»

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر (٣٦٠/٩).

[وأعتق صفيه، وجعل عتقها صداقها] ^(١)، وفيه خاصية له بالاتفاق. منهم من قال: خاصيته أن قيمتها كانت مجهولة، والصداق المجهول لا يجوز لغيره. وقيل: إنه وجب عليها الوفاء بالنكاح بعد الإعتاق، ولا يجب على غيرها إذا أعتقت بشرط النكاح الإجابة.

المقدمة الثانية: في التروغيب في النكاح:

وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقال ص: «تسأكحوا تكثرُوا؛ فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة، حتى بالمقط» ^(٢) وقال: «معاشر الشباب، عليكم بالباءة؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، فمن لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإن

(١) هذا حديث عن أنس بن مالك أن رسول الله ص «أعتق صفيه، وجعل عتقها صداقها». أخرجه البخاري (ح ٥٠٨٦)، ومسلم (١٣٦٥/٨٥)، وأبو داود (٢٠٥٤)، والترمذي (٤٢٣/٣)، والنسائي (١١٤/٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٥٩٩/١) ح (١٨٦٣)، من طريق: طلحة بن عمرو الحضرمي، عن عطاء، عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «أنكحوا فإني مكاثركم»، قال البوصيري في الزوائد (٧٣/٢): هذا إسناد ضعيف لضعف طلحة بن عمرو المكي الحضرمي. أ.هـ.

قلت: ذكره النهبي عن عطاء. قال أحمد: «لا شيء، متروك الحديث»، وقال ابن معين، والدارقطني وغير واحد: «ضعيف»، أ.هـ. المغني في الضعفاء (٢٩٥٧) وله لفظ آخر عن معقل ابن يسار مرفوعاً: «تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثركم الأمم». أخرجه الحاكم (١٦٢/٢)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه النهبي، وأخرجه البيهقي (٨١/٧)، وابن حبان في موارد (١٢٢٩)، وأبو نعيم في الحلية (٦٢/٢)، والنسائي (٣٢٢٧)، وأبو داود (٢٠٥٠).

وعن أنس بلفظ: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثركم الأنبياء»، أخرجه ابن حبان وصححه (١٢٢٨)، وأحمد (١٥٨/٣)، وسعيد بن منصور (٤٩٠)، والبيهقي (٨١/٧)، وأبو نعيم (٢١٩/٤).

وبلفظ: «تزوجوا؛ فإني مكاثركم الأمم، ولا تكونوا كرهانية النصارى». قال الخافظ في التقریب (١٤٨/٢): فيه محمد بن ثابت البصري، وهو ضعيف. وأخرجه ابن عدي في الكامل (٢١٤٧/٦)، والبيهقي (٢٨/٧)، من حديث أامة.

وبلفظ: «النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثركم الأمم، ومن كان ذا طول فليتكح ومن لم يجد فعليه بالصوم؛ فإن الصوم له وجاء». أخرجه ابن ماجه (١٨٤٦) من طريق عيسى بن ميمون. قال البوصيري في الزوائد (٦٥/٢): هذا إسناد ضعيف لضعف عيسى بن ميمون. أ.هـ. وقال الخافظ في تلخيص الحبير (١٠٢/٢): ضعيف.

وأخرجه الخطيب (٣٧٧/١٢) من حديث ابن عمر بلفظ: «تزوجوا الودود الولود؛ فإني مكاثركم الأمم يوم القيامة». وأخرجه عبد الرزاق (١٠٣٩١) عن سعيد بن أبي هلال مرسلاً. والحديث صححه الألباني في السلسلة الصحيحة (١٧٨٢).

الصوم له وجاء»^(١). وقال عليه السلام: «من تزوج فقد أحرز ثلثي دينه، ألا فليتنق سه في الثلث الباقي»^(٢). وقال عمر رضي الله عنه لرجل: «أتزوجت؟ فقال: لا، فقال: لن يمنع من النكاح إلا عجز أو فجور»^(٣).

ولما حضرت معاذًا الوفاة قال: «زوجوني؛ كي لا ألقى الله عزيبًا»^(٤). وهذه الأحاديث ربما توهم أن النكاح أفضل من التخلي لعبادة الله تعالى كما ظنه أبو حنيفة رحمه الله، لكن الصحيح أن من لا تتوق نفسه إلى الوقاع، فالتخلي للعبادة أوى به. ولذلك تفصيل وغور استقصيناه في كتاب آداب النكاح من ربيع العبادات من كتاب «إحياء علوم الدين» فليطلب منه.

(١) الحديث أخرجه البخاري (٥٠٦٦)، ومسلم (١٤٠٠) كتاب النكاح (١، ٢)، وابن سائى (١٦٩/٤، ١٧١، ٥٨/٦)، وابن ماجه (١٨٤٥)، وأحمد (٣٨٧/١، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٣٢)، والبيهقى (٢٩٦/٤، ٧٧/٧)، والدارمى (١٣٢/٢)، والطبرانى (١٤٩/١٠)، وابن أبى شيبة (١٢٦/٤)، وعبد الرزاق (١٠٣٨٠)، والحميدى (١١٥)، والبقوى فى شرح السنة (٣/٩)، والتبريزى (٣٠٨٠)، والمتقى الهندى (٤٤٤٠٨، ٤٥٥٩٢)، والزبيدى (٢٨٦/٥، ٣٢٢)، والهيثمى (٢٥٢/٤)، والألبانى فى الصحيحة (١٨٣٠).

(٢) للحديث ألفاظ متقاربة منها:

وبلفظ: «من تزوج فقد أحرز نصف دينه»، أورده العجلونى فى كشف الخفا (٣٣١/٢).

وبلفظ: «من تزوج فقد أحرز شطر دينه، فليتنق الله فى الشطر الآخر»، أورده الزبيدى (٢٨٨/٥، ٣٠٠)، والسيوطى فى الدرر المنتثرة فى الأحاديث المشتهرة (١٦٠).

وبلفظ: «من تزوج فقد أحرز نصف دينه»، أخرجه ابن الجوزى فى العلل المتناهية (١٢٢/٢).

وبلفظ: «من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان، فليتنق الله فى النصف الآخر»، أورده الهيثمى (٢٥٢/٤)، والزبيدى (٢٨٨/٥)، والمتقى فى كنز العمال (٤٤٤٣٣)، والعراقى فى المغنى عن حمل الأسفار (٢٣/٢).

وبلفظ: «من تزوج فقد استكمل نصف الدين»، أورده القرطبى فى تفسيره (٣٢٧/٩).

وبلفظ: «من تزوج فقد أعطى نصف العبادة»، أخرجه الهيثمى (٢٥٢/٤)، وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (١٩٢٠/٥).

وبلفظ: «من رزقه الله امرأة سالحة، فقد أعانه على شطر دينه، فليتنق الله فى الشطر الثانى»، أخرجه الحاكم (١٦١/٢)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه ووافقه الذهبى، وحسنه الألبانى فى صحيح الجامع وزيادته (٢٦٩/٥)، والصحيحة (١٦٠/٢ ح ٦٢٥).

(٣) الأثر أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه (٤٥٣/٣) رقم ١٥٩١٠، من طريق سفيان بن عيينة بإسناد صحيح.

(٤) أخرج هذا الأثر: سعيد بن منصور فى سننه (١٣٩/١)، وابن أبى شيبة (٤٥٣/٣) رقم ١٥٩٠٩.

وقد ندب رسول الله ﷺ في النكاح إلى أربعة أمور:

أحدها: طلب الحسية: فقال عليه السلام: «تخيروا لنطفكم، فلا تضعوها في غير الأكفاء»^(١). وقال: «إياكم وخضراء الدمن، وهي المرأة الحسناء في المنبت السوء»^(٢). كذلك فسره عليه السلام.

الثاني: التدب إلى البكر: فإنها أخرى بالمؤلفة، وقال الجابر: «هلا تزوجت بكر تلاعبها وتلاعبك»^(٣) وكان تزوج ثيبا.

الثالث: التدب إلى الولود: قال ﷺ: «انكحوا الودود الولود؛ فإني مكاشر بكم

(١) للحديث ألفاظ كثيرة منها ما أورده المصنف أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦١٤/٢)، والخطيب في تاريخ بغداد (٢٦٤/١).

وبلفظ: «تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم»، أخرجه الحاكم (١٦٣/٢)، والأباني في السلسلة الصحيحة (١٠٦٧).

وبلفظ: «تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس»، أخرجه العراقي في المغنى عن حمل الأسفار (٤٢/٢).

وبلفظ: «تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن وأشباه أخواتهن»، أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (١٨٨٣/٥)، والمتقى في كنز العمال (٤٤٥٥٦، ٤٤٥٥٧).

وبلفظ: «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم»، أخرجه ابن ماجه (١٩٦٨)، والبيهقي (١٣٣/٧). وابن حجر في الفتح (١٢٥/٩)، والزيلعي في نصب الرية (١٩٧/٣)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٣٧٧/٣)، والزيدي (٣٤٨/٥)، وكنز العمال (٤٤٥٩٣)، وابن عساكر في تهذيب تاريخ دمشق (٤١٥/٤)، والدارقطني (٢٩٩/٣)، والعجلوني في كشف الحفا (٢٧٠/٢)، وابن أبي حاتم في علل الحديث (١٢٠٨).

(٢) الحديث أورده الزيدي في إتحاف السادة (٣٤٨/٥، ٨٩/٩)، والسيوطي في جمع الخوامع (٩٣٢٦)، والمتقى في كنز العمال (٤٤٥٨٧، ٤٥٦١٥، ٤٥٦٢٠)، وابن حجر في تنخيص الجبر (١٤٥/٣)، والعراقي في المغنى عن حمل الأسفار (٤٢/٢)، والفتني في تذكرة الموضوعات (١٢٧)، والسيوطي في الدرر المنتثرة (٥٦)، والعجلوني في كشف الحفا (٣١٩/١)، والأباني في السلسلة الضعيفة (١٤).

(٣) حديث جابر أخرجه البخاري (٥٠٨٠)، بلفظ: «هلا جارية تلاعبها وتلاعبك»، وأحمد (٢٩٧/٣، ٣٩٠)، والبخاري (١٤/٩)، وابن حجر في فتح الباري (١٢١/٩).

وفي لفظ: «هلا جارية تلاعبها وتلاعبك»، أخرجه البخاري (٥٠٧٩)، ومسلم (الرباع ٥٤، ٥٥، ٥٦)، والنسائي (النكاح ب ٦، ب ١٠)، وأبو داود (٢٠٤٨)، والهيثمي (٢٥٩/٤)، وأحمد (٣١٤/٣)، والبيهقي (٣٥١/٥، ٨٠/٧)، والزيدي (٣٤٧/٥)، والمتقى في كنز العمال (٤٥٣٢، ٤٥٦٣٣، ٤٥٦٣٤)، وابن أبي شيبة (٤١٧/٤).

الأمم»^(١) وقال: «لخصير في ناحية البيت خير من امرأة لا تلده».

الرابع: النذب إلى الأجنبية: قال ﷺ: «لا تنكحوا القراة القريبة، فإن الولد يخلق ضاويًا»^(٢) أى: نحيفًا، ولعل ذلك لتقصان الشهوة بسبب القراة.

الخامس: النذب إلى الصالحة: قال عليه السلام: «عليك بذات الدين، تربت يداك»^(٣).

المقدمة الثالثة: في النظر إليها بعد الرغبة في نكاحها

وذلك مستحب؛ لقوله ﷺ: «من أراد نكاح امرأة فلينظر إليها؛ فإنه أحرى أن يؤدم بينهما»^(٤). وينبغي أن يقتصر على النظر إلى الوجه، وذلك بعد العزم على النكاح إن

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) إحدب أورده الريدي في إتحاف السادة المتقين (٣٤٩/٥)، والعراقي في المغني عن حمل الأسفار (٤٢/٢)، والمغني في تذكرة الموضوعات (١٢٧)، والشوكاني في انوار المجموعة (١٣١).

(٣) الحديث بلفظ المصنف أخرجه ابن أبي شبة (٣١١/٤).

ونحوه في صحيح مسلم عن أبي هريرة مرفوعًا: «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» (ح ١٤٦٦، ١٤٦٧)، والبخاري (٩/٧)، والبيهقي (٧٩/٧)، والدارقطني (٣٠٣/٣)، والألباني في إرواء الغليل (١٩٤/٦).

(٤) الحديث لم أحده بهذا اللفظ، وهو من حديث أبي هريرة مرفوعًا بلفظ: «فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئًا»، أخرجه مسلم (١٤٢٤/٧٥)، وأحمد (٢٨٦/٢، ٢٩٩)، والنسائي (٦٩/٦، ٧٠)، والدارقطني (٢٥٣/٣)، والبيهقي (٨٤/٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤/٣).

ومن حديث جابر بن عبد الله بلفظ: «قال: سمعت النبي ﷺ يقول: إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»، أخرجه أحمد (٣٣٤/٣)، وأبو داود (٢٠٨٢)، والطحاوي (١٤/٣)، والبيهقي (٨٤/٧)، والحاكم (١٦٥/٢)، وقال: صحيح على شرط مسلم.

ومن حديث أنس مرفوعًا بلفظ: «اذهب فانظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»، أخرجه ابن ماجه (٥٩٩/١)، وابن حبان (١٢٣٦)، والدارقطني (٢٥٣/٣)، والبيهقي (٨٤/٧)، وأبو يعلى (٣٤٣٨)، وابن الجارود (٦٧٦)، والحاكم (١٦٥/٢)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. وقال البوصيري في الزوائد (٧٥/١): هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات.

ومن حديث المغيرة مرفوعًا بلفظ: «فانظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»، أخرجه أحمد (٢٤٤/٤، ٢٤٥)، والدارمي (١٣٤/٢)، والترمذي (١٠٨٧)، والنسائي (٦٩/٦)، وابن ماجه (١٨٦٦)، وعبد الرزاق (١٣٣٥)، والطحاوي (١٤/٣)، وابن الجارود (٢٢٦)، والدارقطني (٥٢/٣)، والبيهقي (٨٤/٧).

ومن حديث محمد بن مسلمة مرفوعًا: «إذا ألقى الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن=

ارتضاها. ولا يشترط استئذانها في هذا النظر، بل يكفي فيه إذن رسول الله ﷺ خلافاً لمالك. وقد رخص في هذا النظر للحاجة، وإلا فالأصل تحريم النظر إلى الأجنبية.

وقد جرت العادة هاهنا بذكر ما يحل النظر إليه. والكلام فيه في أربعة مواضع:

الأول: نظر الرجل إلى الرجل. وهو مباح إلا إلى العورة، وذلك ما بين لسرة والركبة. ويحرم اللمس كما يحرم النظر. ولا يحرم نظر الإنسان إلى فرج نفسه، ولكن يكره من غير حاجة.

فرعان: أحدهما: أنه يحرم النظر إلى المرد^(١) بالشهوة، ويحل بغير شهوة عند الأمن من الفتنة. وعند خوف الفتنة وجهان: أحدهما: التحريم؛ لأنهم في معنى المرأة. والثاني: الحل؛ لما روى أن قوماً وفدوا على رسول الله ﷺ وفيهم غلام حسن، فأجلسه وراءه، وقال: ألا أخاف على نفسي ما أصاب أخى داود؟!^(٢). ولم يأمره بالاحتجاب عن الناس بخلاف النساء.

ولم يزل الصبيان بين الناس مكشوفين؛ فالوجه: الإباحة، إلا في حق من أحس في نفسه بالفتنة، فعند ذلك يحرم عليه بينه وبين الله تعالى إعادة النظر.

الثاني: أنه يكره للرجلين الاضطجاع في ثوب واحد؛ قال ﷺ: «لا يفضى الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضى المرأة إلى المرأة في ثوب واحد»^(٣).

الموضع الثاني: نظر المرأة إلى المرأة. وهو مباح إلا فيما بين السرة والركبة. وقيل إنه كالنظر إلى المحارم، وسيأتي. والصحيح أن الذمية كالمسلمة. وقيل: إنه لا يحل للمسلمة الكشف للذمية.

«ينظر إليها»، أخرجه ابن أبي شيبه (٢٥٦/٤، ٢٥٧)، وأحمد (٢٢٥/٤)، وابن ماجه (٥٩٩/١)، والطبراني (٢٢٤/١٩)، وسعيد بن منصور (١٧٢/١)، والطحاوي (١٣/٣، ١٤)، قال البوصيري في الزوائد (٧٤/٢): هذا إسناد فيه حجاج، وهو ابن أرسطاة الكوفي ضعيف ومدلس، وقد رواه بالعتنة. أ.هـ.

(١) «مرد» الغلام مرداً، ومردة، ومردة: طرّ شاربه وبلغ خروج لحيته ولم يبد. وهو أسرد. ولا يقال: جارية مرداء. جمع «مردة». انظر: المعجم الوسيط (٨٦١/٢).

(٢) هذا الكلام المنسوب إلى رسول الله ﷺ لم أجده في كتب الحديث.

(٣) الحديث أخرجه عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً مسلم (الحيض ب ١٧ رقم ٧٤)، وأبو داود (الحمام ب ٣)، والترمذي (٢٧٩٣)، والبيهقي (٩٨/٧)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢٦٨/٤)، وابن خزيمة (٧٢)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٤٩/٣)، وفتح الباري (٣٣٨/٩).

الموضع الثالث: نظر الرجل إلى المرأة: فإن كانت منكوبة أو مملوكة، حل النظر إلى جميع بدنها، وفي النظر إلى فرجها فيه تردد^(١)، وحمل الأصحاب النهي على أنه أراد به كراهية، والكراهية في باطن الفرج أشد.

وإن كانت محرماً، نظر إلى ما يبدو في حالة المهنة، كالوجه والأطراف، ولا ينظر إلى العورة، وفيما بين ذلك وجهان. وقيل: إن الثدي قد يلتحق بالوجه؛ لأنه قد يبدو كثير فأمره أخف.

وإن كانت أجنبية حرم النظر إليها مطلقاً، ومنهم من جوز النظر إلى الوجه حيث تؤمن الفتنة، وهذا يؤدي إلى التسوية بين النساء والمرد. وهو بعيد؛ لأن لشهوة وخوف الفتنة أمر باطن، فالضبط بالأثوثة - التي هي من الأسباب الظاهرة أقرب إلى المصلحة.

وكذلك لا يجوز للمخنث والعنينة^(٢) والشيخ الهيم^(٣) النظر؛ حسماً للباب ونظراً إلى الفحولة الظاهرة دون الشهوة الباطنة. نعم، يجوز للمسحوق عند الأكثرين؛ لأن الحب^(٤) سبب ظاهر في قطع غائلة الفحولة، وعليه يحمل قوله تعالى: ﴿غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] وكذلك الطفولة سبب ظاهر، فلا يجب الاحتجاب عنهم. نعم، تستر العورة عن الذي ظهر فيه داعية الحكاية، فإذا قارب البلوغ، وظهر مبادئ الشهوة وجب الاحتجاب.

وقال القفال: ثبت الحل؛ فلا يرتفع إلا بسبب ظاهر، وهو البلوغ.

ولا يستثنى عن هذه القاعدة إلا نظر الغلام إلى سيدته؛ فإنه مباح؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [النور: ٣١]. ولعل السبب فيه، الحاجة. وقد قيل بتحريم ذلك؛ لما فيه من الخطر. ولكن ذلك يحوج إلى تعسف في تأويل الآية.

(١) ورد في ذلك حديث عن ابن عباس مرفوعاً: «لا يظر أحدكم إلى فرج زوجته، ولا فرج جاريتيه إذا جامعها، فإن ذلك يُورث العمى»، وفي رواية «العشاء» أخرجه ابن القيسراني في تذكرة الموضوعات (٥١)، والأول: الألباني في آداب الزفاف (٣٥).

(٢) «عُنَّ» الرجل عُنَّةً: عجز عن الجماع لمرض يصيبه. فهو معنُون، و«عَيْنَيْن» ويقال امرأة عنينة: لا تشتهي الرجال. انظر: المعجم الوسيط (٦٣٢/٢).

(٣) «الهيم»: الشيخ الكبير الفاني. ويقال: قدحَ هيمٌ: قديم متكسر. جمع أهمام. انظر: المعجم الوسيط (٩٩٥/٢).

(٤) «الجب»: المقطوع الذكر. يقال: حبَّ الحُصية: استأصلها، ويقال: امرأة حياء: لا إيتين لها، ولا لحم لفخذيه، أو لا يعظم صدرها وثدييها. انظر: المعجم الوسيط (١٠٤/١).

ومن المستثنيات النظر إلى الإماء، حتى روى أن عمر رضى الله عنه قال جارية متقنة: «أنتسبهين بالخراثر يا لكعاء؟»^(١) ولعل السبب فيه أن الرقيقة تحتاح إلى إتردد فى المهمات. ومنهم من قال: إنها كالحرّة، لا ينظر إليها إلا لحاجة الشراء. وهو القياس.

فرعان: أحدهما: ما أُبينَ من المرأة، يجوز النظر إليه إن لم يتميز بصورته عما للرجال، كالقلامة وما يُتشف من الشعر، والجلدة المتكشّطة. وإن تميز - كالعُضو المَبْن، والعقيصة^(٢) فلا يحل النظر إليه.

الثانى: الصبية لا يحل النظر إلى فرجها، وفى النظر إلى وجهها وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأنها خرجت عن مظنة الشهوة بسبب ظاهر. والثانى: التحريم؛ نظراً إلى جنس الأنوثة. وعلى الجملة أمرها أهون من أمر العجوز؛ فإنها محل للوطء، والشهوات لا تنضبط.

الموضع الرابع: نظر المرأة إلى الرجل. أما نظرها إلى زوجها، فكنظره إليها. ونظرها إلى الأجانب، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه كنظر الرجل إليها^(٣). والثانى: أنه كنظره إلى المحارم. والثالث: وهو الأصح أنها تنظر إلى ما وراء العورة، وتحتز عند خوف الفتنة كما يحترز الرجل من

(١) «نكع»: نكّعا، ولكاعة: كؤم، ولكع: حمق. فهو ألكع، وهى لكعاء. ولكع عليه الوسخ لكّعا: لصق به ولزمه. انظر: المعجم الوسيط (٨٣٦/٢)، ولسان العرب (٤٠٦٨/٥)، وانظر هذا الأثر فى: السنن الكبرى للبيهقى (٢٢٦/٢، ٢٢٧).

(٢) «العقيصة»: العُقَصَة: من القرن عقدته، جمع عُقَصٌ. انظر: المعجم الوسيط (٦١٥/٢). «وانقلاصة»: ما قطع من طرف الظفر أو الخافر أو العود. وقلامة الظفر. مثل فى القلة واحقارة، يقال: لم يُغن عني قلامة ظُفْر. أ.هـ. انظر: المعجم الوسيط (٧٥٧/٢).

(٣) هذا الحديث أم سلمة، قالت: كنت عند النبى ﷺ عند ميمونة، فأقبل ابن أم مكتوم، فقال: «احتجنا منه»، فقلنا: يا رسول الله أليس هو أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال رسول الله ﷺ «أفعمياناً أنتما، ألستما تبصرانه؟». أخرجه الترمذى (٢٧٧٨)، وابن حجر فى الفتح (٥٥٠/١، ٣٧/١٢)، واليعقوبى (٢٤/٩)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٣١١٦)، والطحاوى فى مشكل الآثار (١٦٦/١)، والزبيدى فى الإتحاف (٤٩١/٦)، والخطيب فى تاريخ بغداد (١٦/٣، ٣٣٩/٨)، وابن حبان فى موارد (١٩٦٨)، والسيوطى فى الدر المنثور (٢٩٤/٤)، والمنقى الهندى فى كنز العمال (١٣٠٦٦)، وابن سعد فى الطبقات الكبرى (١٢٦/٨، ١٢٨).

النظر إلى الأمر؛ إذ لو استوى النظران؛ لأمر الرجال أيضا بالتنقيب كما أمر النساء.

هذا كله فى النظر بغير حاجة. فإن مست الحاجة لتحمل شهادة، أو رغبة نكاح جاز النظر إلى الوجه. ولا يحل النظر إلى العورة إلا لحاجة مؤكدة، كمعالجة مرض شديد، يخاف عليه فوت العضو، أو طول الضنى. ولتكن الحاجة فى السواتين أكد، وهو أن تكون بحيث لا يعد الكشف لأجله هتكًا للمروءة، وتعلن فيه فى العادة؛ فإن ستر العورة من المروءات الواجبة.

ولم يجوز الإصطخري النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنا، وخالف فيه الأصحاب وما ذكره غير بعيد؛ لأن ستر العورة وستر الفواحش، كلاهما مقصودان، فيختص تحمل الشهادة بما إذا وقع البصر عليه وفاقا.

المقدمة الرابعة: فى الخطبة وآدابها:

وينبغى أن يقدم النظر عليها؛ إذ فى الرد بعد الخطبة إباح. والتصريح بخطبة المعتدة حرام، والتعريض جائز فى عدة الوفاة، وحرام فى عدة الرجعية. وفى عدة البائنة وجهان.

وسبب التحريم أنها مستوحشة بالطلاق؛ فرمما كذبت فى انقضاء العدة؛ مسارعة إلى مكافأة الزوج.

والتعرض هو أن يقول: «رُبَّ راغب فيك» و«إذا حللت فأذنينى» كما قاله رسول الله ﷺ^(١). ولا يجوز الخطبة على خطبة الغير بعد الإجابة^(٢)، وتجوز قبل الإجابة. وهل

(١) حديث فاطمة بنت قيس أخرجه مسلم (١٤٨٠)، (الطلاق ٣٦، ٤٧ - ٧٤/٦، ٧٥). وأحمد (٤١٢/٦)، وابن عساكر فى تهذيب تاريخ دمشق (٣٩٦/٢)، والبغوى (١١١/٧)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (١٥١/٣)، وفى الفتح (١٧٩/٩)، والساعاتى فى مدائع المتن (١٥٣٨)، والمتقى الهندى (٢٧٩٦٥).

تنبيه: هذا الحديث مما احتج به من أجاز نظر المرأة إلى الرجل لأن فيه أن النبى ﷺ أمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم، وقال: «إنه رجل أعمى فضعى ثيابك عنده»، وقد أجاب من حرم النظر. بأنه يمكن ذلك مع غش البصر منها ولا ملازمة بين الاجتماع فى البيت والنظر قلت: والأصل فى المسألة قوله تعالى: «وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن» ولا حاجة إلى اللجوء إلى القياس على الرجال قفى الآية ما يكفى. وقد ذهب أبو داود إلى الجمع بين الأحاديث فجعل حديث أم سلمة مختصاً بأزواج النبى ﷺ وحديث فاطمة وما فى معناه لجميع النساء. قال الحافظ فى التلخيص قلت: وهذا جمع حسن وبه جمع المنذرى فى حواشيه واستحسنه شيخنا. أ.هـ. قلت: وهذا الجمع الذى فيه عدم حواجز النظر إلى الرجال محاص بزوجات النبى ﷺ مردود=

يكون السكوت كالإجابة؟ فيه قولان. وقد روى أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس: «إذا حلت فاذنيني» فلما حلت قال: «انكحي أسامة» فقالت: خطبني أبو جهم ومعاوية. قال: «أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه»^(١) أى: يداوم الضرب، وقيل: يداوم السفر. وذلك يدل على جواز ذكر الغائب بما يكرهه إذا كان مصلحة لغيره؛ ولذلك قال عليه السلام: «اذكروا الفاسق بما فيه كى يحذره الناس»^(٢).

المقدمة الخامسة: في الخطبة^(٣):

ويستحب ذلك عند الخطبة وعند إنشاء العقد. وسواء يخطب العاقدان أو غيرهما،

بحديث عائشة المتفق عليه والذي فيه: «أنها كانت تنظر إلى الحبشة وهم يلعبون في المسجد يوم عيد»، ولا معنى لمن قال أنها كانت صغيرة لأن علماء الحديث أثبتوا من بعض طرق الحديث أن قدوم الحبشة كان سنة سبع، ولعائشة يومئذ ست عشرة سنة. وأحسن تأويل جمع بين الأحاديث ما قاله ابن حجر في الفتوح: بأن الأمر بالاحتجاب من ابن أم مكتوم لعله لكون الأعمى مضنة أن ينكشف منه شيء ولا يشعر به فلا يستلزم عدم جواز النظر مطلقاً. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (١١٧/٦).

(٢) ورد في ذلك أحاديث عن عقبة بن عامر، وأبي هريرة، وابن عمر رضي الله عنهم منها: بلفظ: «لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخطب قبله أو يأذن له الخطيب»، عن ابن عمر رضي الله عنه، أخرجه البخاري (٢٤/٧)، وأبو داود (لنكاح ب ١٨)، وابن ماجه (١٨٦٧، ١٨٦٨)، والبيهقي (٣٤٥/٥، ١٨٠/٧)، والألباني في الإرواء (٢١٨/٦). وللحديث ألفاظ أخر كثيرة منها عند مسلم (النكاح ب ٦ رقم ٥٢، ٣٨)، والألباني في السلسلة الصحيحة (١٠٣٠).

(١) سبق تخريج حديث فاطمة بنت قيس.

(٢) أخرجه ابن حبان في المجروحين (٢٢٠/١)، والعجلوني في كشف الخفا (١٤/١)، والطبراني في الكبير (٤١٨/١٩)، والزيدي في تخاف السادة (٥٥٦/٧).

(٣) جاء في خطبة النكاح عن ابن مسعود قال: «كان رسول الله ﷺ يعلمنا خطبة الحاجة، الحمد لله، أو إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. ثم تصلى خطبتك بثلاث آيات من كتاب الله: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته﴾ إلى آخر الآية ﴿واتقوا الله الذي تسألون به والأرحام﴾ إلى آخر الآية ﴿اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم﴾ إلى آخر الآية. زاد الطيالسي عن شعبة قال: قلت لأبي إسحاق: «هذه خطبة النكاح وفي غيرها؟ قال: في كل حاجة. أخرجه أبو داود الطيالسي (ص ٤٥ ح ٣٢٨)، وأحمد (١/٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢)، والدارمي (١٤٢/٢)، وأبو داود (٢١١٨)، والترمذي (١١٠٥)، والنسائي (٨٩/٦)، وابن ماجه (١٨٩٢)، وابن الجارود في المتقى (ح ٦٧٩)، والبيهقي (١٤٦/٧)، والحاكم (١٨٢، ١٨٢/٢)، وأبو نعيم (١٧٨/٧).

فهو حسن. وإن قال الولي: «الحمد لله والصلاة على رسول الله، زوجتك فلانة» فقال الزوج: «الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت: صح النكاح وكان أحسن. وتخلس هذه الكلمة اليسيرة وهو متعلقة بغرض العقد لا يقطع الجواب عن الخطاب. وفيه وجه بعيد: أنه يقطع. هذا هو الكلام في قسم المقدمات، جريتنا فيه على ترتيب الوجود؛ إذ البداية بالرغبة، ثم بالنظر، ثم بالخطبة، ثم بالخطبة، فنشرع في شرح العقد.

القسم الثاني من الكتاب في الأركان والشرائط

وهي أربعة: الصيغة، والمحل، والشاهد، والولي.

الأول: الصيغة

وهي الإيجاب والقبول الدالان على جزم الرضا دلالة صريحة قاطعة. وفيه مسائل ستة:

الأولى: أن الصريح هو كلمة «الإنكاح» و«النزويج»؛ فلا يقوم لفظ آخر مقامهما، لأن النكاح يشتمل على أحكام غريبة، لا يحيط بجميعها لفظ من حيث اللغة؛ فيتعين اللفظ المحيط بها شرعاً؛ ولذلك لا نزيد أيضاً في صرائح الطلاق على ما ورد في القرآن.

وقد أبو حنيفة رحمه الله: ينعقد النكاح بلفظ «الهبه» و«البيع» و«التملك» وكل ما يفيد معنى التملك.

فرع: الصحيح أن ترجمتها بالفارسية وسائر اللغات، يقوم مقامها؛ لأنها في معناها. وقيل: يقوم مقامها عند العجز فقط. وقيل: لا يجوز ذلك أيضاً، وعلى العاجز أن يستنيب القادر.

الثانية: لا ينعقد النكاح بالكنائيات مع النية؛ لأنها تتعلق بتفهم لشاهد ولا مطنع له على النية. ويصح بها الإبراء والفسخ والطلاق، وما يستقل به الإنسان.

وأما البيع وما يفترق إلى القبول فقيه وجهان، مأخذهما: أن القائل، هل يكون كالشاهد، حتى لا يكفي تفهمه بقرينة الحال؟.

فرع: إذا قال: «زوجتكها»، فينبغي أن يقول الزوج: «قبلت نكاحها» أو «قبلت هذا النكاح». فلو اقتصر على قوله: قبلت، فقيه وجهان، مأخذهما: أن قوله: «قبلت» ليس صريحاً بنفسه ما لم ينضم فيه الإيجاب السابق.

الثالثة: نص الشافعي رضي الله عنه على أن النكاح يتعقد بالاستيجاب والإيجاب، وهو قوله: «زوجتيها» وقول الولي: «زوجتكها»، ونص في البيع على قولين، وقطع الأصحاب بأن ذلك يكفي في الخلع والعنق على المال، والصلح عن دم العمد؛ لأن العوض غير مقصود فيها، وإنما لا يتعقد البيع على قول؛ لأنه قد يقول: «بغني» على سبيل استبانة الرغبة من غير بت الرضا في الحال؛ لأنه قد يقع «بعته» بخلاف النكاح. ومن الأصحاب من طرد القولين في النكاح. ومنهم من طرد القولين في الخلع والصلح وغير هذا. وهو غريب، لكنه منقاس جدا.

الرابعة: النكاح لا يقبل حقيقة التعليق، مثل أن يقول: «إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك»، ولا يحتمل أيضا لفظه، مثل أن يقول: «إن كان قد ولد لي بنت فقد زوجتكها» ثم بان أنه كان قد ولدت، فلا يصح النكاح بصيغة التعليق. وكذلك لو قال: «إن انقضت عدتها فقد زوجتك» وكان قد انقضت. وفيه وجه: أن يصح؛ مأخوذ من الوجهين فيما إذا قال: «إن كان أبي مات، فقد بعث منك ماله».

الخامسة: نكاح الشغار باطل؛ للنهي الوارد فيه^(١)، وصورته الكاملة أن يقول: «زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك أو أختك على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى» ومهما انعقد لك نكاح ابنتي، انعقد لي نكاح ابنتك». وهذا يشتمل على ثلاثة أمور: تعليق، وشرط عقد، واشتراك في البضع يجعله صداق، وقد قال الفقهاء: إنما يبطل العقد بالتعليق، وهو المراد بالشغار، مأخوذاً من قولهم: «شجر الكسب برجله» أي لا ترفع رجل ابنتي ما لم أرفع رجل ابنتك. وكان ذلك من عادة العرب؛ لأنفتها من التزويج، فقال: لو اقتصر على شرط التزويج في العقد وعلى إصداق البضع: صح العقد؛ لأن النكاح لا يفسد بالشرائط الفاسدة. وجماهير الأصحاب عللوا بالاشتراك في البضع يجعله صداقاً، وقالوا: يشبه ذلك مالو نكحت الحرة عبداً، على أن تكون رقبته صداقاً لها، فإن ذلك يبطله. ومنهم من قال: لو قال: «زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك» واقتصر عليه: بطل أيضاً؛ لما فيه من الخلو عن المهر.

وأخذ «الشغار» من قولهم: «شجر البلد»: إذا خلا من الوالي. وما ذكره الفقهاء أقيس.

(١) هذا النهي ورد عن ابن عمر مرفوعاً البخاري (ج ٥١١٢)، ومسلم (١٤١٥)، وأبو داود (٢٠٧٤)، والترمذي (١١٢٤)، والنسائي (١٢/٦، ١١٠)، وابن ماجه (١٨٨٣، ١٨٨٤)، وأحمد (١٧/٢، ١٩، ٦٢، ٨٦، ٤٣٩، ٣٢١/٣، ٣٣٩)، والبيهقي (٢٠٠/٧)، وأبو نعيم (٣٥١/٦)، والطبراني (٣٤٦/١٩)، وابن أبي شيبة (٣٨٠/٤، ٣٨١)، والشافعي (٢٥٣)، (٣٧٤)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (١٦٨٩/٥).

وما ذكره الجماهير إلى الخبر أقرب، وأما الإبطال بمجرد اشتراط العقد والخلو عن المهر فبعيد.

السادسة: تأقيت النكاح باطل، وهو أن يقول: «زوجتك شهراً» وذلك هو نكاح «المتعة»^(١)، سمي بها؛ لأن مقصوده مجرد التمتع.

الركن الثاني المحل

وهي المنكوحة، وشرطها أن تكون خالية من الموانع، وهي قريب من شعرين: ألا تكون منكوحة الغير، أو في عدة الغير، أو مرتدة، أو مجوسية، أو زندية لا تنسب إلى ملة، أو كناية دانت بدينهم بعد التبديل، أو بعد المبعث، وليست مع ذلك من بنى إسرائيل، أو تكون رقيقة، والنكاح حر واحد طول حرة، أو غير خائف من العنت، أو مملوكة للنكاح، بعضها أو كلها، أو كانت من المحارم: إما من نسب أو رضاع أو مصاهرة، أو تكون خامسة، بأن يكون تحتها أربع، أو يكون تحت الزوج أختها، أو عمتها، أو خالتها، فيكون بالنكاح جامعاً بينهما، أو يكون النكاح قد طلقها ثلاثاً، ولم يطأها بعده زوج آخر، أو يكون النكاح قد لاعن عنها، أو تكون محرمة بحج أو عمرة، أو تكون ثيباً صغيرة أو يتيمة، أو كانت من أزواج رسول الله ﷺ وذلك لا يوجد في هذا الزمان. فهذه مجامع الموانع، وسيأتي شرحها في القسم الثالث من الكتاب.

الركن الثالث الشهود

وهو شرط، ولكن تساهلنا بتسميته ركناً. ولا ينعقد النكاح إلا بحضور عدلين. ولا ينعقد بحضور رجل وامرأتين، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله. وقال داود: «لا حاجة إلى الشهادة»، وقال مالك: «يكفي الإعلان». وقد قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي

(١) حديث الهی عن المتعة أخرجه مسلم (النكاح ب ٣ حديث ١٤٠٤)، والبخاری (النكاح ٣١)، البيهقي (٢٠٧/٧)، وأحمد (٤٠٤/٣)، وابن عبد البر (١٠٤/١٠)، والحميدي في مسنده (٦٠٥)، والدارقطني (٢٥٩/٣)، والطبراني (٣٥٢/١٩)، والألباني في الصحيحة (١٠١٠/٣٨).

وثبت عنه ﷺ بلفظ يفيد نسخ المتعة: «يا أيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده متهن شيء، فليخل سبيله، ولا تأخذ مما آتيتموهن شيئاً». أخرجه مسلم (١٤٠٤/٢١)، وأحمد (النكاح ٢١)، والدارمي (١٤٠/٢)، والبيهقي (٢٠٣/٧)، واليغوي (٥٠٦/١)، وشرح السنة (١٠٠/٩)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٥٥/٣)، وفتح الباري (١٧٠/٩)، والمتقى في كنز العمال (٤٧٥٣)، (٤٥٧٣٩)، والزيلعي (١٧٧/٣)، والألباني في الصحيحة (٣٨١).

وشاهدى عدله. فنقول: لا بد من حضور من هو أهل للشهادة، فلا يكفي حضور الصبي، والذمي، والرقيق، والأصم، والفاسق. وفي حضور الأعمى خلاف؛ لأنه أهل لبعض الشهادات.

ولو حضر ابن الزوجين أو أبو الزوجين، ففيه أربعة أوجه:

أحدها: الانعقاد؛ لأنه أهل على الجملة. والثاني: لا؛ لأنه ليس أهلاً في هذا النكاح. والثالث: أنه إن حضر ابن الزوج وابن الزوجة لم يُكْتَفَ؛ لأنه لا يتصور الإثبات، وإن حضر ابنان لأحدهما: جاز؛ لأنه يمكن الإثبات على والدهما. والرابع: أنهما إن كانا ابنيها: صح، وإن كانا ابني الزوج لم يصح؛ لأن الحاجة إلى الإثبات عليها عند الجحود، لا على الزوج، فيقبل عليها قول ابنيها. وتجري هذه الأوجه في عدوى الزوجي.

ولو حضر من حاله في الفسق مستور على الزوجين جميعاً: صح العقد على الأصح، وذكر المحاملي فيه خلافاً، ويعضده: أن مستور الحرية لا يكفي حضوره على الأظهر.

لكن الحرية مكشوفة في الغالب، والفسق خفي، وفي المنع من المستور حرج وتضييق.

فإن صححنا، فإن بينة عادلة فسقهما حالة العقد؟ ففي تبين بطلان العقد قولان كالقولين في نقض القضاء المبني على قولهما.

ولا التفات إلى قولهما: كنا فاسقين. لو قال الزوج: كنت أعرف فسقه حالة العقد، وأنكرت المرأة؟ قال الصيدلاني: ينزل منزلة الطلاق حتى يتشطّر المهر قبل الدخول، وبعده يجب جميع المهر، وتعود إليه بطلقتين إن نكحها. ونص الشافعي رضي الله عنه على أن الحر إذا نكح أمة، ثم قال: «كنت واجداً طول الحرية» بانت منه بطلقة.

أما تشطير المهر فمعقول؛ لأنه فراق حصل بجهته، لا بزعم المرأة. وأما جعله طلاقاً ولم يجر عقد فليس يتبين لي وجهه إلا أن يجعل طلاقاً في حق المرأة المنكرة خاصة، أو يجعل في حق الزوج طلاقاً في الظاهر؛ لجريان الشهادة على ظاهر النكاح، لا بينه وبين الله تعالى.

فرع: تردد الشيخ أبو محمد في أن المعلن بالفسق إذا تاب في مجلس العقد، هل يلتحق بالمستور؟ وكان عادته استتابة الحاضرين، ووجهه أنه يمكن أن يكون صادقاً في توبته.

ولا خلاف في أنه لا يشترط الإشهاد على رضا المرأة.

الركن الرابع العاقدان

وهو الزوج والولي؛ لأن المرأة مسلوقة العبارة عند الشافعي رضي الله عنه في عقد النكاح، فلا تصح عبارتها بالنيابة، ولا بالوكالة، ولا بالاستقلال، ولا في التزويج، ولا في القبول. ويصح إقرارها بالنكاح على الجديد؛ لأن شرط الولي إنما ورد في الإنشاء، قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي». إلا أنها لو أقرت، وكذبها الولي؟ قال القفال: لا تقبل؛ لأنها أقرت على الولي بالتزويج. ومنهم من قال: تقبل؛ لأنها مقرة على نفسها بالرق.

ثم إن اعتبرنا تصديق الولي فكان غائباً سلمناها في الحال إلى الزوج بإقرارها؛ للضرورة؛ إذ يعسر ملازمة الولي حضراً وسفراً، ولكن لو رجع وكذب، فالظاهر أنه يحال بينهما؛ لزوال الضرورة.

وصيغة الإقرار أن تقول: «زوجني الولي منه». فلو أقرت بالزوجية ولم تضيف إلى الولي؟ ففيه خلاف مبني على أن دعوى النكاح مطلقاً من غير التقييد بالشرط، هل تسمع؟

فأما إقرار الولي المحبر، فنافذ إن أقر في حالة القدرة على الإيجاب وأما أبو حنيفة رحمه الله فقد قضى بأنها تزوج نفسها^(١).

(١) أدلة من لم يشترط الولاية: وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب، والسنة: فقولته تعالى: ﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف﴾ [البقرة: ٢٤٠]. قالوا: وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها. قالوا: وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال: ﴿أن ينكحن أزواجهن﴾ وقال: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]. وأما في السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الأيمن أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها» أخرجه مالك (٥٢٤/٢)، أحمد (٢٤١/١: ٢٤٥)، الدارمي (١٣٨/٢)، مسلم (١٤٢١/٦٦)، أبو داود (٢٠٩٨)، الترمذي (٤١٦/٣)، النسائي (٨٤/٦)، ابن ماجه (١٨٧٠)، البيهقي (١١٥/٧)، الشافعي (١٢/٢).

وله طريق آخر بلفظ [الثيب] بدل [الأيمن] أخرجه مسلم (١٤٢١/٦٧)، أحمد (٢١٩/١)، أبو داود (٥٧٨، ٥٧٧/٢)، النسائي (٨٥/٦)، الحميدي (٥١٧، ٥٣٩/١)، وللحديث طرق أخر وهذا الحديث أقوى من الأحاديث التي استدلت بها من شرطوا الولي بل إن الحنفية ضعفوا حديث عائشة الذي تقول فيه مرفوعاً [إنما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها -

لكن الولي يفسخ العقد إن وضعت نفسها تحت غير كفؤ. وقال مالك: تزوج الدنية نفسها دون الشريفة.

وعندنا أن الرطء في النكاح بغير ولي يوجب المهر؛ للشبهة، ولا يوجب الحد. وقال الصيرفي: يجب الحد. وقال بعض الأصحاب: ينقض قضاء الخنفي بصحة نكاح بلا ولي، لمخالفته الحديث الظاهر.

وتفاصيل أحكام الولاية يستوفيه بابان: باب في «الولي»، باب في «المولى عليه»

الباب الأول: في الأولياء

وفيه فصول:

الفصل الأول في أسباب الولاية

وهي أربعة: الأبوة، والجدوة في معناها. والعصوبة بالنسب. والولاء. والسلطنة.

أما الأب، والجد أب الأب فلهما منصب الإجماع في حالة البكارة ولو بعد البلوغ، وفي البنين في الصغر دون الكبر. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: البكر البالغة لا تجبر على النكاح، والثيب الصغيرة يجوز إجبارها عنده.

ونظر الشافعي رضي الله عنه إلى الثبابة والبكارة؛ لقوله عليه السلام: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها»^(١).

ومعنى إجبارها: أن الأب لو زوجها من كفؤ، وهي ساقطة نفذ، ولو التمس

=باطل، فنكاحها باطل.

وهو معقول بالإرسال وتكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن حريج قال: ثم لقيت الزهري فسأته عنه فأنكره قال الأحناف: والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية، ولا الولاية من مذهب عائشة؛ وقد احتجوا بحديث [لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل] ولكنه مختلف في رفعه وقد سبق تحقيق هذا الحديث.

وقال الأحناف: وأما قوله تعالى: «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن» [البقرة: ٢٣٢] الآية، ليست حجة في شرط الولاية، فليس فيها أكثر من نهى قرصة المرأة، وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهن عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذهبن في صحة العقد لا حقيقة، ولا مجاز، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يؤكذنهم. وهذا بحث قد يطول فيه الكلام نكتفي فيه هنا بما ذكرنا.

انظر: كلام ابن رشد في هذه المسألة: بداية المجهت (٤/٢١٦: ٢٢٣ طبعة دار الكتب العلمية)، ونيل الأوطار (٦/١١٨: ١٢٠).

(١) الحديث سبق تخريجه.

التزويج من الولي وجبت الإجابة وإن كانت مجبرة؛ كالصبي الذي يلتمس الطعام.
ولو عينت كفؤاً، وعين الولي كفؤاً؟ فمتهم من قال: يجب رعاية حقها في الأعيان،
وإنما حظ الولي في الكفافة فقط. ومنهم من قال: تعيين الولي أولى.
ومهما ثابت ولو بالزنا لم يجبر. ولو انفتق جلد العذرة بوثة أو طفرة، فلا يظهر أنها
بكر، لأن واطئها مبتكر. ولم ير أبو حنيفة للزنا أثراً في إزالة حكم البكارة.
فأما العصابات من جهة النسب كالإخوة، والأعمام، وأولادهم فليس لهم الإجماع
بحال، وإنما لهم تزويج البكر والثيب بعد البلوغ برضاها. وهل لهم الاكتفاء بصمت
البكر؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لظاهر الحديث.

والثاني: لا؛ لأن السكوت مردد، ومعنى الحديث حث المجر على مراجعتها من غير
تكليف نطق.

وأما الولي المعتق فولايته كولاية العصابات. وأما السلطان فولى في أربعة مواضع: عند
عدم الولي، وغيبته، وعضله، وإذا أراد الولي أن يزوج من نفسه. وليس للسلطان ولاية
الإجماع خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

وليس للوصي ولاية التزويج وإن فوض إليه الموصى؛ إذ ليس له قرابة تدعوه إلى
الشفقة والنظر، ولا حظ له في الكفافة.

الفصل الثاني

في ترتيب الأولياء من القرابة والولاء والسلطنة

وجهة القرابة مقدمة على الولاء، والولاء مقدم على السلطنة. والازدحام يفرض في
النسب والولاء.

أما النسب: فالأب، ثم الجد ولهما ولاية الإجماع ثم ترتيب باقي العصابات كترتيبهم
في الميراث، إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: أن الابن عصبة في الميراث، ولا يزوج بحكم البنوة، خلافاً لأبي حنيفة رحمه
الله. نعم، إن كان قاضياً، أو عصبة، أو ابن عم، أو معتقاً زوج بهذه الأسباب، فالبنوة
لا تمنع ولا تفيد.

الثانية: الجد في الميراث يقاسم الإخوة، وهما هنا يقدم الجد؛ لأنه على عمود النسب،
وشفقته أكمل.

الثالثة: أن الأخ من الأب والأم، مقدم على الأخ من الأب في الميراث، وكذلك في الصلاة على الجنازة. وفي الولاية قولان؛ لأن جهة الأمومة لا مدخل لها في الولاية، فيجوز أن لا توجب ترجيحاً. واختار المزنّي التقديم في التزويج أيضاً.

ويجوز القولان في العم من الأب والأم، والعم من الأب وابنيهما، ولا يجزى في ابني عم، أحدهما: أخ لأم؛ لأن أخوة الأم هاهنا، لا تفيد عصوبة في الميراث. وكذلك إذا كان لها ابنا ابن عم، أحدهما ابنها، أو ابنا معتق، أحدهما منها، فلا ترجيح. ونص ابن الحداد على أن ابنها من المعتق، مقدم على سائر البنين. وهو بعيد.

أما ترتيب الولاء، فالمعتق أولى، فإن لم يكن فعصبته، فإن لم يكونوا فمعتق المعتق، ثم عصبته. وترتيب عصبات المعتق كترتيب عصبات النسب، إلا في مسائل:

إحداها: إذا اجتمع جد المعتق وأخوه من الأب، ففيه قولان:

أحدهما: أن الأخ أولى؛ لأنه يدلى ببنة الأب، وهي أقوى من الأبوة في العصوبة.

والثاني: يتساويان؛ لأن أحدهما أب الأب، والآخر ابن الأب، وليس لجد هاهنا أصل الزوجة حتى يقدم.

الثانية: ابن المعتق مقدم على أبيه؛ لأنه العصبه دون الأب هنا؛ لقوة البنة.

الثالثة: الجد وابن الأخ، إن قلنا: إن الجد مع الإخوة يتساويان، فهاهنا الجد يقدم. وإن قلنا: يقدم الأخ على الجد، فهاهنا يتساويان. وقيل: الجد مقدم؛ لقربه. وقيل: ابن الأخ؛ لقوة البنة.

الرابعة: أخ المعتق من الأب والأم، وأخوه من الأب. قيل: لا ترجيح؛ إذ الولاء يجزى بمحض العصوبة، وقيل بطرد القولين.

فرعان: أحدهما: المرأة إذا اعتقت فلها الولاء، ولكن يزوج العتيقة من يزوج السيدة برضا العتيقة، ولا يحتاج إلى رضا المعتقة؛ لأنها لا تلى العقد على نفسها ولا على غيرها، وليس لها الإجمار. وفيه وجه: أنه لا بد من رضاها. فإن عضلت يزوجها وليها برضا السلطان، ويكون السلطان نائباً عنها في الرضا الواجب عليها.

وإن كان للمعتقة أب وابن، فيزوجها في حياتها الأب. فإن ماتت، يزوج الابن؛ لأنه العصبه الآن. وقيل باستصحاب ولاية الأب، وهو بعيد وقيل: يزوجها ابنها في حال حياتها، كما يزوجها بعد مماتها، وهو بعيد.

الثاني: جارية أعتق نصفها، وزوجها المالك وعصبتها إن قلنا: إن مثل هذه لجارية تورث. وإن قلنا: لا تورث، فيزوجها المالك والقاضي. وقد قيل: فيزوجها المعتق والمالك. وقيل: لا تزوج؛ لعسر الأمر. وهو بعيد، والأحوط التزويج باتفاق الجميع.

الفصل الثالث في سوابب الولاية

وهي سبعة: الأول: الرق. فلا ولاية للرقيق على نفسه، فكيف على غيره؟ نعم، تصح عبارته في شقي عقد النكاح بالوكالة، وإن لم يأذن له سيده؛ إذ لا ضرر على سيده فيه. ومنهم من منع عبارته في شق التزويج، وزعم أن نائب الولي ينبغي أن يكون بصفة الولاية بخلاف نائب الزوج.

الثاني: كل ما يقدح في النظر: كالصبي والجنون، والإغماء، والعتة، والسفه الموجب للحجر، والمرض المؤلم الملهم عن النظر لشدة، فجميع ذلك يسلب الولاية، وينقلها إلى الأبعد، إلا في الإغماء والجنون المتقطع، ففيهما ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تنتقل إلى السلطان؛ لأن زوالهما منتظر كالغيبه. والثاني: أنها تنتقل إلى الأبعد؛ لأن الغيبه لا تخل بالنظر، والجنون والإغماء يخلان بالنظر. والثالث: أن الإغماء ينتقل إلى القاضي، والجنون إلى الأبعد. ثم المغمى عليه، ينتظر مقدار مدة سفر العدوى، أو سفر القصر كما في مدة الغائب وعندى أن تقدير الانتظار هاهنا بثلاثة أيام أولى.

الثالث: العمى. وفيه وجهان: أحدهما: أنه لا يلي الأعمى؛ لاختلال نظره. والثاني: يلي؛ لأن مقاصد النكاح لا ترتبط بالبصر.

الرابع: الفسق. وظاهر نصوص الشافعي رضي الله عنه قديما وجديداً: أنه يلي، وقال: «لا يلي السفیه». قال القفال: أراد به الذي لا ينظر لنفسه. ويدل على ولاية الفاسق الناظر لدنياه ترك الأولين التكثير على سلاطين الظلمة والفساق في التزويج؛ ولأنه ناظر لنفسه، فكذلك لولده، فإنه من أهم أموره الخاصة به؛ ولأن عود الفسق بعد البلوغ لا يعيد الحجر وفاقا، وإن كان عود السفه يعيده على وجه، مع أن اتصال الفسق بالبلوغ يمنع ارتفاع الحجر؛ لأنه ثبت بيقين، فلا يرتفع بالشك في الرشد، واتصال الفسق يوجب الشك، فإذا ارتفع بيقين، لم يعد أيضا بالشك بسبب الفسق. والمشهور تحريج ولاية الفاسق على قولين. وقيل: شارب الخمر لا يلي خاصة، وقيل: ولاية الإخبار تسقط بالفسق دون غيره، وقيل عكسه. فهذه خمسة طرق.

ولا خلاف في أن المستور يلي، لترك الأولين التكثير. وتوكيل الفاسق في العقد

كتوكيل العبد، وفيه خلاف على قولنا: لا يلي الفاسق.

فأما السكران المختل العقل، فلا يصح تزويجه قولاً واحداً، ولا وجه لبناء ذلك على أنه يسلك به مسلك الصاحي أم لا؟ فإن هذا يتعلق بالنظر للغير.

الخامس: اختلاف الدين يسلب النظر:

فيسلب الولاية الخاصة، حتى لا يزوج المسلم ابنته الكافرة، وأما الكافر فيزوج ابنته الكافرة من مسلم؛ قال الشافعي رضي الله عنه: «وولي الكافرة كافر؛ لأنه ينظر لولده، بخلاف الفاسق المسلم على رأي». وقال الحلبي: «لا يزوج الكافر إذا قننا: لا يزوج الفاسق». وهذا خلاف النص.

ولا يقبل المسلم نكاح الكافرة من قاضي الكفار، لأنه لا وَقَعَ لقضائهم. وفي كلام صاحب التقريب، إشارة إلى خلافه.

السادس: غيبة الولي:

وهي لا تسلب الولاية عندنا؛ لأن النظر قائم، ولكن ينوب السلطان عنه، لتعذر الأمر لغيبته، ولذلك لا ينزل الوكيل بطرآن الغيبة على الموكل، وينعزل بطرآن الجنون.

ثم السلطان يُزَوِّج إن كان السفر فوق مسافة القصر، ولا يزوج إن كان دون مسافة العدو، وهو الذي يرجع عنه المبكر إليه قبل الليل. وفيما بينهما وجهان يجريان في قبول شهادة الفرع عند غيبة الأصل، وفي الاستعداد عند القاضي.

ثم إذا طلبت من السلطان التزويج؟ قال الشافعي رضي الله عنه: «لا يُزوجهما ما لم يشهد عدلان أنه ليس لها ولي حاضر، وليست في زوجية ولا عدة»، فمنهم من قال: ذلك واجب؛ احتياطاً للنكاح خاصة، ومنهم من قال: هو استحباب؛ لأن اعتماد العقود على قول أربابها، وكذلك يُخَلَّفُها القاضي على أن وليها لم يزوجهما في الغيبة إن رأى ذلك.

ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، استحباب أو إيجاب؟ فيه خلاف.

السابع: الإحرام:

والمحرم مسلوب العبارة في عقد النكاح بالوكالة والنيابة والاستقلال، في شقي القبول والإيجاب، وهل يُمنع الرجعة؟ فيه وجهان، وهل ينعقد النكاح بشهادة المحرم؟

فيه خلاف؛ للتردد في الرواية، إذ وَرَدَ في بعضها «لا ينكح المحرم ولا يشهد»^(١).

وهل تنقطع هذه التحريمات بالتحلل الأول؟ فيه وجهان، والأظهر أنه لا تنقطع، لبقاء اسم الإحرام.

ثم اختلفوا في أن الولاية تستقل إلى السلطان، أو إلى الأبعد؟ ومأخذُه: أنه كالغيبية، أو هو مُنافٍ للولاية؟ فإن قلنا: إنه مُنافٍ، فلو أحرم الموكِّل، انعزل وكيله، وإن قلنا: لا، فلا ينعزل، ولكن قال الصيدلاني: يصبر الوكيل إلى تحلل الموكِّل؛ إذ يبعد أن يتعاطى عنه فعلا في وقتٍ يَعجزُ عنه هو في نفسه.

الفصل الرابع في تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ

اعلم أن الأبَ يتَوَلَّى طَرَفِي الْبَيْعِ في مال ولده، وكذا الجدُّ، لقوة الولاية، ولكثرة الحاجة في البيع، وعُسْرُ مراجعة السلطان، وهل يتولى الجدُّ طَرَفِي النكاح في حَقْدَتِهِ؟ فيه وجهان مبنيان على أن العلة في البيع، قوة الولاية وحدها، أم مع كثرة الحاجة إلى البيع، فإن النكاح نادر؟.

فإن قلنا: يتولى، فهل يكفيهِ النطقُ بأحدِ الشَّقَّيْنِ؟ فيه، وفي البيع، ثلاثة أوجه:

أحدها: يكفي، لأن رضاه بأحد الطرفين رضا بالآخر، فلا معنى لجوابه نفسه. والثاني: لا، لأن معنى التحصيل غَيْرُ معنى الإزالة، فلا بُدَّ من لفظين. والثالث: أنه يكفي في النكاح، للتعبُّد في صيغته بخلاف البيع.

وإن قلنا: لا يتولى فيفوض إلى السلطان أحدَ الطرفين، وقيل: إنه يُوكِّل، لأن الجهة قوية، وإنما يحتاج إلى الغير لِنَظْمِ التَخاطُبِ والتَّعَبُّدِ.

فأما الجهة التي لا تُفيد الإيجابَ، فلا تُفيد تَوَلَّى الطرفين للعقد، فلا يُزوج ابنُ العم من نفسه، بل يزوجه مَنْ في درجته أو السلطان، ولا يكفيهِ التوكيلُ، فإن وكيله بمثابة، وكذا المعتق والقاضي، والحاكمُ المنصوب عن جهة القاضي يُزوج منه، لأن حكمه نافذ عليه، وكأنه من جهة السلطان لا كالكوكل. ومنهم من استثنى الإمامَ الأعظمَ، وقال:

(١) هذا الحديث جاء بلفظ [لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يتخطب] وليس فيه ولا يشهد أخرجه: مسلم (النكاح ب ٥ رقم ٤١، ٤٣، ٤٥)، أبو داود (١٨٤١)، السنائي (٨٩، ٨٨/٦)، أحمد (٦٤/١)، البيهقي (٦٥/٥، ٢١٠/٧)، الهيثمي (٢٦٨/٤)، الدارقطني (٢٦١/٣)، الهيثمي أيضا في موارد الظمآن (١٢٧٤)، الساعاتي في بدائع المنن (٩٦٢)، الألباني في إرواء الغليل (٣٠١/٦، ٢٢٦/٤).

له توكلي الطرفين؛ لقوة الإمامة.

والصحيح: أن الوكيل من الجانبين في النكاح لا يتولى طرفي العقد، وكذا في البيع، وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجوز للولي والوكيل توكلي طرفي النكاح دون البيع.

الفصل الخامس في توكيل الولي وإذنه

أما الولي المجبر، فله التوكيل قطعاً، وهل عليه تعيين الزوج؟ قولان:

أحدهما: لا، لكن على الوكيل طلب الكفو، فإن الإذن بتقييد بالغبطة. والثاني: يلي؛ لأن النظر في أعيان الأكفاء دقيق، والنكاح مُحْطَر، فينبغي أن يتولاه الولي.

أما المرأة إن أذنت للولي الذي لا يجبر ولم تُعَيِّنْ؟ ففيه قولان مرتبان، وأوّلُ بالجواز، لأن الولي ذو حظٍّ فينظر بخلاف الوكيل.

وإن صرحت بإسقاط الكفاءة تُخَيِّرُ الولي، وهل يجبُ التعيين مع ذلك؟ فيه طريقان، وإن قالت: زوجني ممن شئت، فالصحيح أنه لا يُزَوَّجُ إلا من كفؤ، ومعناه: ممن شئت من الأكفاء، وليس لغير المجبر التوكيل إن منعت من ذلك، وإن رَضِيَتْ جاز، وإن أطلقت الإذن؟ فوجهان:

أحدهما: لا، كالوكيل بالبيع. والثاني: نعم، لأنه على الجملة ذو ولاية وحظ.

فروع: لو عَيَّنَتْ زوجاً، ورضيت بالتركيل، فعَيَّنَ الولي في التوكيل ذلك: جاز، وإن أطلق، فاتفق أن زَوَّجَ الوكيل من المعين؟ ففي الصحة وجهان، ووجه الفساد فساد صيغة التوكيل، كما لو قال الولي: «بِعَ مَالِ الطِّفْلِ بِالْغَيْنِ» فَبَاعَ بِالْغِبْطَةِ، فإنه لا يصح، ويتصل هذا النظر في كيفية تعاطي الوكيل. ولْيَقُلْ الولي للوكيل في القبول: زوجت فلانة من فلان، ولا يقل: منك، ويقول الوكيل: قَبِلْتُ لِفُلَانٍ، فليسوا يقتصر على قوله: قَبِلْتُ، ففيه وجهان، لتردده بينه وبين الموكل، ولو قال: لِنَفْسِي، لم يصح له ولا للموكل، لأنه مخالفٌ للخطاب.

ولو قال: زوجت منك، فقال: قَبِلْتُ، ونَوَى موكله: لم يقع للموكل، وفي البيع يقع مثله للموكل، لأن معقود البيع قابلٌ للنقل بخلاف معقود النكاح.

الفصل السادس فيما يجب على الولي

فنقول: أمّا غير المجبر فتحبُّ عليه الإجابة، إذا طَلَبَتْ، إن لم يكن في درجته غيره. فإن كان، فهو كشاهد لا بتعيين، وفيه خلاف، فإن تعييناً وعَضَلَ وأخوَجَهَا إلى

السلطان: عَصَى، لما فيه من الإضرار، وخرق المروءة، والنهي عن العضل.
وأما المجير، فيجب عليه تزويج المجنونة، إذا تَأَقَّتْ، ولا يجب لتزويج من الابن الصغير، لأنه لا يلزمه المهر والنفقة، ولا يجب تزويج البنت إلا إذا ظهرت الغبطة. فيحتمل الإيجاب كما إذا طُلِبَ مالُ الطفل بزيادة، فإنه يجب عليه البيع، ويحتمل تجوير التأخير إلى بلوغها.

وأما مالُ الطفل فلا يجب على الولى أن يَكُدَّ نفسه بالتجارة والاستمراء، ولكن يجب صونه عن الضياع، وقدر من الاستمراء المعتاد الذى يصونه عن أن تأكله لنفقة. ولو طلب ماله بزيادة وجب البيع. ولو بيع شيء بأقل، فله أن يشتري لنفسه، فإن لم يرد فليشتر لطفله. وإن قبل نكاح ابنه؟ لم يلزمه الصداق فى الجديد؛ لأنه لم يضمن. وفى القديم: يصير بالعقد ضامنا. وهل يرجع به بعد البلوغ؟ فيه احتمالان على القديم. وإن تبرم بحفظ مال الطفل، فله أن يستأجر من مال الطفل من يعمل له، أو يطالب السلطان بأجرة يقدرها له من مال الطفل إن لم يجد متبرعا. وإن وجد متبرعا، فالظاهر أنه لا يعطى الأجرة بخلاف الأم؛ فإن إرضاعها بالأجرة أولى من إرضاع متبرعة أجنبية؛ لما فيه من التفاوت الظاهر.

الفصل السابع فى الكفاءة وخصالها

واعلم أن الكفاءة حق المرأة والأولياء، فلو رضوا بغير كفؤ حاز، خلاف لشريعة، فإنهم حرموا العلويات على غيرهم. وكيف يجرمن؟ ولم تحرم بنات رسول الله ﷺ على عثمان وعلى وأبى العاص. وأين كفؤ رسول الله ﷺ فى العالم؟ قال الشافعى رضى الله عنه : كيف كان على كفؤ فاطمة، وأبوه كافر، وأبوها سيد البشر؟! ولو كان يكفى النسب فى الكفاءة، فالناس كلهم أولاد آدم عليه السلام، فلم تضاوتوا؟! وأمر رسول الله ﷺ فاطمة بنت قيس وهى قرشية أن تنكح أسامة، وهو مولى. والصحيح: أن التى لا ولى لها، يزوجه السلطان من غير كفؤ برضاها؛ إذ لاحظ للمسلمين فى الكفاءة، وذكر الصيدلانى خلافه.

ثم الكفاءة ترجع إلى مناقب، والمعتبر منها خمس: التنقى من العيوب المثبتة للخيار، والحرية، والنسب، والصلاح فى الدين، والتنقى من الحرف الدنية. والجمال لا يعتبر؛ لأنه يرجع إلى ميل النفس. واليسار يعتبر فى أضعف الوجهين، ولعل ذلك قصر البلاغ دون التساوى فى المقادير. ولا مبالاة بالانتساب إلى الظلمة؛ بل إلى أرومة^(١) رسول

(١) [الأروم، والأرومة]: أصل الشجرة واستعملت للحسب؛ يقال: هو طيب الأرومة: كريم الأصل.
انظر: المعجم الوسيط (١/١٥).

الله ﷺ وإلى العلماء؛ لأنهم ورثة الأنبياء، وإلى الصالحاء المشهورين الذين لا ينسى أمرهم بعد الموت، فإنه الموجب للتفاوت.

وأما صلاح الزوج فيكفى فيه التنقى من الفسق، ولا تعتبر المساواة في درجة الصلاح والاشتهار.

والحرف الدنية هي التي تدل على سقوط النفس، وأكثرها يرجع إلى ملايسة القاذورات. والرجوع في تفصيل جميع ذلك إلى العادات^(١).

ونحتم هذا النظر بثلاث مسائل:

أحدها: أن هذه الخصال تعتبر في تزويج البنت لا في الابن؛ إذ لا عار على الرجال في غشيان خسيصة. نعم، لا تزوج منه معية بالعيوب المثبتة للخيار، ولا يتصور تزويج الرقيقة منه؛ لأنه لا يخاف العنت، وفي اعتبار الكفاءة بجانبه أيضا وجه بعيد.

الثانية: هذه الخصال هل تجبر بالفضائل؟

يُنظر: فإن كان الفأئت نسب رسول الله ﷺ، فعلا يوازىها الانتساب إلى غيره من

(١) قلت: يختلف منظور الحرف الدنية من مجتمع إلى آخر، فالمجتمع الاسلامى له عاداته وتقائده التي أصلها الكتاب والسنة، فالحرف والمهن في هذا المجتمع قائم على منظور الحلال والحرام، والحرام فيه مرفوض ولا تدخل حرفة محرمة في ميزان التفضيل بين الحرف بل ميزان التفضيل بين احرف فقط في دائرة الحلال فالدنية فيها ليس حراما بل هو حلال وإنما دناءته ترجع كما قال المصنف إلى ملايسة القاذورات.

أما في المجتمعات الكافرة بوجه عام والعلمانية المرتدة عن الإسلام بوجه خاص فإن منظور تفضيل الحرفة فيه يختلف عن المنظور الاسلامى، فهم لا ينظرون إلى الحرفة من منظور الحلال والحرام بل من المنظور المادى وقد يكون المحرمات الملعونة بالكتاب والسنة من احرف الرافقة العظيمة عندهم والتي يذللون في سبيل الوصول إليها كل ما يملكون ولو كانت أعراضهم، كالخكم بالقوانين الوضعية. هذه الجرعة التي سماها الله في كتابه كفر هي عندهم من أرقى الأعمال والحرف في المجتمع سواء كان مشرعا (أى يعمل بالبرلمان) أو قضائيا (أى يعمل بالقضاء) أو منفذاً (أى يعمل بالشرطة) هذه الحرف العظيمة والتي يُحسب صاحبها كعما في الدول العلمانية الكافرة هي في المنظور الإسلامى لا ترقى بأى حال إلى مستوى الحرف الدنية ﴿قل لا يستوى الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة الخبيث﴾ فالهنة الدنية الحلال صاحبها لو رفع يده إلى الله أبهر الله.

ومن ثم فإن الفاضل في المنظور الإسلامى يرجع إلى قوله تعالى: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ ولو تتبعنا سيرة الصحابة لوجدنا أنهم كانوا لا يفضلون إلا من كان أقرب في طنهم إلى الله ورسوله والمؤمنين، وهذا الكلام بحته يطول والله أعلم.

العلماء والصلحاء. وهل يوازيه الصلاح الظاهر المشهور في الخطاب؟. الأصح أنه لا يوازيه، وقيل: يجبر به، واعتمد فيه هم عمر رضى الله عنه بتزويج ابنته سلمان الفارسي وبأمثال ذلك.

وأما العيوب فلا يجبرها غيرها. وأما اليسار فيجبر بغيره. والخرفة لا تعارض النسب، وربما يعارضه الصلاح، والمحكم في جميع ذلك العادات ونفى العار.

الثالثة: إذا زوجها من غير كفؤ، بطل العقد على الصحيح، وذكر العراقيون في تزويج السليمة من المعيب قولين، وهو أجرى في سائر الخصال. ثم قالوا: إن قلنا: ينعقد العقد، فهل يثبت للول الفسخ؟ قولان. وأجروا ذلك وإن كان عالما به؛ لأن الحق للطفل، فلا يسقط بعلمه. وإن بلغت، فهل يثبت لها الخيار؟ ففيه تردد. وكل ذلك بعيد؛ ووجهه أن في النكاح مصالح خفية، والأب مؤتمن غير متهم، فربما يتعاطى تحصيل مصلحة خفية قد تنقضى ترك الكفاءة، إلا أنه إذا روعى ذلك، فلا يتجه إثبات الخيار.

الفصل الثامن في اجتماع الأولياء في درجة واحدة

وإذا اجتمعوا، فكل واحد مستقل، لكن الأحب تقديم الأسن والأفضل. فإن تزاحموا، فالعقد إلى من تعين المرأة. فإن أذنت للكل، أقرع بينهم. فإن عقد من لم تخرج له القرعة مبادراً انعقد. وإن زوج أحدهم من غير كفؤ برضاها؟ قال الشافعي رضى الله عنه: «النكاح مفسوخ» فقل: إن معناه أن للآخرين فسخ العقد اعتراضاً. وقيل: معناه أنه لا ينعقد؛ لأنه يؤدي إلى حقوق العار بالولي قبل أن يتدارك. وقيل: المسألة على قولين.

فروع: إذا أذنت لولين ولم تعين الزوج وجوزنا ذلك فعقد كل واحد منهما مع شخص، فإن اتحد الوقت تدافعا. وإن لم يعلم سبق وأمكن التوافق تدافعا أيضاً؛ إذ ليس نستيقن صحة نكاح أحدهما. فإن سبق أحدهما وتعين ولكن نسيانه، وتعذر بيانه، فالنكاح بينهما موقوف، ولا يبالى بتضررها طول العمر، كما لو غاب زوجها ولم تعرف حياته، وكما لو انقطع دم الشابة بمرض، فإن عليها انتظار سن اليأس مع الضرر فيه. وإن علم سبق ولكن لم يتعين السابق منهما أصلاً، وحصل اليأس من البيان، فقولان مبنيان على القولين في جمعيتين عقدتا في بلدة واحدة على هذا الوجه، وهاهنا أولى بالفسخ لأن الصلاة لا تحتل الفسخ، ففي قول: يتوقف كما لو تعين ثم نسي. وفي قول: يفسخ؛ لدوام الضرر وإطباق الإشكال من أول الأمر إلى آخره.

ويشكل على هذا، إذا تعين ثم نسي. وقد قيل بطرد القولين فيه، لكنه غريب.

التفريع: حيث رأينا الفسخ، فقد حكى الصيقلاني عن القفال أنه يفسخ، ولا حاجة إلى إنشاء الفسخ. والأصح: أنه يحتاج إلى إنشاء الفسخ. ثم فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتعين بتعيين القاضي؛ لأنه محل التباس. والثاني: لها الإنشاء؛ لتضررها، كما في الحب والعنة؛ فإن الزوج يقدر على الطلاق. والثالث: أن للزوجين أيضا الفسخ.

وإن تأخر الفسخ، فنفتها تقسم على الزوجين؛ لأنها محبوسة بهما، ولا مهر عليهما؛ إذ النفقة قد تجب بعله الحبس دون المهر. وفي النفقة وجه منقذ أنه لا تجب؛ لأنه ليس الحبس بتقصير منهما، ولا النكاح مستيقن في حق واحد منهما.

هذا كله عند الاعتراف بالإشكال. فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق؟ قال الصيقلاني: «ليس لأحد الزوجين أن يدعى على الآخر؛ إذ ليس في يده شيء، وليس أحدهما بأن يكون مدعيا أولى من أن يكون مدعى عليه».

وإن ادعى على الولي وهو غير محبر: لم يجز. وإن كان محبرا فوجهان، لا اختصاص لهما بمحل التنازع:

أحدهما: أنه لا يتوجه عليه أصلا؛ إذ لاحظ له في الملك، وإنما هو عاقد كالوكيل؛ والثاني: يتوجه؛ لأن إقراره يقبل بخلاف الوكيل والذي لا يجبر.

قال الإمام: إذا لم يمكن دعوى العلم على المرأة، فلا يتعد أن يدعى أحدهما على صاحبه، وتجعل المرأة كمال في يد ثالث تداعاه رجلان. ثم ذكر القاضي في البداية بالتحليف أنه يقرع بينهما.

أما إن ادعى عليها العلم بالسبق، فلها ثلاثة أحوال:

إحداها: أن تقر لواحد وفرعنا على الصحيح في صحة إقرارها ثبتت زوجيته في الحال. لكن هل للثاني أن يحلفها؟ فيه قولان مبنيان على أن من أقر بشيء لزيد، ثم أقر به لعمرو، هل يغرم للثاني بالحيلولة؟ فإن قلنا: يغرم، فهاهنا أيضا يتوقع إقرارها، فيحلفها حتى تقر؛ فتغرم له، أو تنكل؛ فيستفيد الثاني باليمين المردودة تغرمها.

وإن قلنا: لا تغرم، فلا يحلفها؛ إذ لا فائدة له في نكولها، ولا في إقرارها. وفي القديم قول أنه يحلفها حتى يستفيد باليمين المردودة إن نكلت ثبوت الزوجية له، وكان إقرارها الأول لم يثبت زوجية الأول إلا بشرط الحلف للثاني، فأما مع النكول فلا.

وهذا بعيد؛ إذ نكولها كيف يرد إقرارها ويزاحمه؟!.

الحالة الثانية: أن تنكر العلم بالسبق، وتحلف على نفى العلم، فيبقى الدعى بين الزوجين، وذلك جائز وإن منعناه في الابتداء قبل توجيه الدعوى عليها؛ فإن دعوى الآن وجد متعلقا، ثم لم يفد قطع الخصومة. وقيل: إنه لا يسمع تداعيها كما في الابتداء، ويكفيها يمين واحدة على نفى العلم إن حضر الزوجان معا. وإن بادر أحدهما، فهل للثاني تخليفها مرة أخرى؟ فيه وجهان يجريان في كل شريكين يدعيان شيئا واحداً.

الحالة الثالثة: أن تنكر وتنكل، حلف المدعى على سبق، ولا يتعرض لعلمهما، فإن ذلك شرط في الدعوى لترتبط بها الدعوى.
هذا كله إذا ادعى عليها العلم، فإن أطلق دعوى الزوجية، ففي سماع الدعوى المطلقة خلاف، والله تعالى أعلم.

الباب الثاني في المولى عليه

وفيه فصول ثلاثة:

الأول: في المولى عليه بالجنون

وفيه مسائل ثلاثة:

الأولى: البكر المحنونة، لاشك في أن الأب يزوجه، لكن الثيب إن كانت كبيرة، يزوجه بمجرد المصلحة من غير حاجة على الأصح. وقيل: لا يزوجه؛ لأن الأب في حق الثيب كالأخ، وهو لا يزوجه.

وأما الثيب الصغيرة المحنونة، ففيه وجهان: أحدهما: لا يزوجه كالعاقلة وبخلاف البالغة؛ فإنها في مظنة الشهوة على الجملة، وإن لم يشترط ظهور حاجة الشهوة في حق الأب.

والصحيح: أنها إذا بلغت عاقلة، ثم عاد الجنون، عاد ولاية البضع وإن كان في عود ولاية المال خلاف؛ لأن تفويض البضع إلى السلطان مع حياة الأب قبيح.

الثانية: للأب التزويج من الابن الكبير المحنون، وفي الصغير وجهان، ووجه المنع: أنه تكثر عليه المؤن، وخرج بالجنون عن مظنة الاستصلاح. وبالجملة تزويج البنت الصغيرة أولى من التزويج من الابن.

ثم لا ينبغي أن يزاد فى التزويج من المجنون على واحدة، وظاهر المذهب: أنه يزوح من الصغير العاقل أربع؛ لأنه فى مظنة الاستصلاح، وفيه وجه: أنه لا يزيد على واحدة أيضا.

الثالثة: إذا لم يكن للمجنونة أب ولا جد، يزوجهما السلطان أو العصباء؟ فيه وجهان:

أحدهما: العصباء؛ لأنهم على الجملة ذو حظ، وشفقتهم أكمل. نعم، السلطان ينوب عنها فى الرضا.

والثاني: أن السلطان يزوجهما، كما أنه يلى مالها. نعم، قال الشافعى رضى الله عنه: «يراجع أهل رأى من أقاربها، ويشاورهم». واختلفوا فسى أن ذلك إيجاب أو استحباب؟ فإن جعلناه إيجاباً، رجع الأمر إلى أنه لا بد من رضا الولي والسلطان، ورجع الخلاف إلى تعيين من يتعاطى العقد.

ثم هل يشترط فى تزويجهم حكم الأطباء بظهور حاجتها إلى الوطء؟ وجهان: أحدهما: لا يشترط، بل يجوز بالاستصلاح كما يجوز للأب. والثاني: نعم؛ إذ ليس لهؤلاء رتبة الإيجاب، فلا يقدمون عليه إلا عن ضرورة.

الفصل الثانى فى المولى عليه بالسفّه

فإذا بلغ الصبى سفيهاً، لم يجبره الولي على النكاح؛ لأنه بالغ. ولا يستقل هو بالنكاح؛ لأنه سفيه، لكن ينكح بإذن الولي، وعبارته صحيحة. ويستقل بالطلاق؛ لأنه لا يندرج تحت الحجر. ومهما التمس النكاح بعلّة الحاجة وجب الإسعاف؛ لأنه أعرف بحاجته. فإن التمس بعلّة المصلحة ففى وجوب إسعافه تردد، ولأنه بين الصبى والمجنون، وهو أولى بالاستصلاح من المجنون. وإذا وجب الإجابة فامتنع الولي فليراجع السلطان، فإن لم يجد السلطان، ففى صحة استقلاله تردد، بخلاف ما إذا استقل بشراء الطعام فى مثل هذه الصورة؛ لأن الطعام فى محل الضرورة دون الوقاع، ولذلك يجب على الأب الإنفاق على الابن دون الإعفاف.

ومهما استقل دون مراجعة الولي، لم ينقذ النكاح، فإن وطئ، ففى المهر ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجب؛ كما إذا اشترى وأتلف، فإن البائع هو الذى قصر وسلط. والثاني: يجب؛ إذ تعرية الوطء عن المهر غير ممكن تعبدًا. والثالث: يكفى بأقل ما يتمول؛ لحق

التعبد وحق السفية، وأما السفه في جانبها فلا يظهر له أثر.

فرع: ينبغي للولي أن يعين المهر والمرأة جميعاً إذا أذن. فإن عين المرأة دون المهر: جاز، وتعين مهر المثل. فإن زاد سقطت الزيادة وصح العقد. وإن عين المهر وزاد: لم يثبت وصح العقد بخلاف الوكيل إذا زاد؛ لأنه عاقد لنفسه، ومقصود الإذن رفع الحجر. ثم الغبطة تعين مقدار المهر.

أما إذا عين امرأة، فنكح غيرها: لم يصح؛ لأنه حاد عن الأصل، والمصلحة تتفاوت به، كما أن الزيادة أيضاً لا تصح وإن صح العقد دونها.

أما إذا أذن مطلقاً ولم يعين المرأة، ففي صحة هذا الإذن وجهان؛ لمخالفته للمصلحة غالباً. فإن قلنا: يصح؛ فله أن ينكح من شاء بمهر المثل، بشرط أن لا ينكح شريفة يستغرق مهرها جميع ماله؛ فإن ذلك يخالف الغبطة، والإذن المطلق ينزل على الغبطة. أما المرأة فالسفه في حقها لا يؤثر في تغيير أمر الولاية.

الفصل الثالث في المولى عليه بالرق

وللسيد إجبار الأمة على النكاح. وهل له إجبار العبد؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: نعم، كالأمة. والثاني: لا؛ لأن مستمنعه غير مملوك له، ولا هو أهل للنظر له. والثالث: أنه يجبر الصغير؛ نظراً إليه دون الكبير.

وهل للعبد إجبار السيد على التزويج منه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن منعه يورطه في الفجور، والرق لا آخر له، ولا بد من التحصن. والثاني: لا؛ لأن ذلك يشوش مقاصد الرق.

ولعل الأصح أن كل واحد منهما لا يجبر الآخر، بل لا بد من تراضيهما. وهذا الخلاف جار في أنه، هل يجب تزويج الأمة إذا طلبت؟ وهو أبعد؛ لأن لها مطعماً في الاستمتاع بالسيد.

ثم تزويج المالك رقيقه حيث قلنا به طريقه الولاية أو الملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه المالك؛ إذ لا قرابة له حتى ينظر له. وإن نظر، فينظر لمصالح ملكه، وقد لا تكون مصلحة ملكه مصلحة للرقيق في نفسه. والثاني: أنه بطريق الولاية؛ لأن مستمتع العبد لا يملكه، ومستمتع الأمة وإن ملكه فليس المنقول إلى الزوج ملكه، ولذلك يملك الزوج ما لا يملكه، من طلاق وظهار. ولا يقدر الزوج على نقل البضع

من نفسه، ولا هو وأطىء مملك اليمين، ولذلك لا يجوز له تزويجها من معيب بالعيوب الخمسة. فإن فعل فلها الخيار، ولا خيار للسيد إذا جهل ذلك؛ لأنه مأخوذ من دفع ضرر الاستمتاع. ولو باعها من معيب، فليس لها الخيار.

فإن قلنا: إنه بالولاية، فلا يزوج الفاسق أمته وعبيده إن قلنا: لا يلى الفاسق. ولا يزوج المسلم رقيقه الكافر، أمة كانت أو عبداً. ولا الكافر يجبر رقيقه المسلم، لكن يرضى؛ فيسقط حقه، وينكح العبد بنفسه.

فروع ثلاثة: الأول: الولي، هل يزوج رقيق طفله؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأنه من مصالح المال. والثاني: لا؛ لأن مصلحة المال لا تقتضى النكاح. والثالث: أنه يزوج الأمة لحظ المونة دون العبد.

الثاني: أمة المرأة يزوجه وليها برضاها، وقال صاحب «التلخيص»: يزوجه السلطان برضاها؛ إذ وليها ليس مالكةا، ولا ولاء لها. وهذا له وجه على قولنا: إن تزويج الرقيق بالملك لا بالولاية. ثم لا يجبر الولي أمة البكر البالغة. وإن أجبرها، فلا يكتفى بسكوتهما في أمتها وإن اكتفى بذلك في نفسها.

الثالث: قال ابن الحداد: «المتعقة في المرض، لا يزوجه قريبها؛ لأنه ربما ينقص المال، ويموت المريض، وتعود رقيقة». فمن الأصحاب من مخالفه وقال: «ينبئ التصرف على الحال، كما لو وهب المريض، جاز للمتهب وطوها مع هذا الاحتمال». لكن قياس ابن الحداد يقتضى المنع في هذا أيضاً، ويحسن هذا الاحتياط للبضع، إذا كان المرض مخطراً، أولاً مال له سواء إذ يظهر هذا الاحتمال.

القسم الثالث من الكتاب

في الموانع للنكاح، في الناكح والمنكوحة

وهي أربعة أجناس:

الأول: ما يوجب المحرمية. والثاني: ما يتعلق بعدد، ولا يوجب حرمة مؤبدة. والثالث: الرق والملك. والرابع: الكفر.

الجنس الأول: المحرمية

وذلك يحصل بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة.

المانع الأول: النسب. ويحرم جميع الأقارب إلا أولاد الأعمام والعمات، والأخوال

والخالات. وأصناف المحرمات سبعة ذكرهن الله تعالى في قوله: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية.

أما الأم: فهي كل أنثى انتهت إليها بالولادة، بواسطة أو غير واسطة كانت الوسطة ذكرا أو أنثى واندرجت تحته الجدات.

وأما البنت: فهي كل أنثى تنتهي إليك بالولادة؛ بواسطة وغير واسطة كما سبق، واندرج فيه الأحفاد.

وأما الأخت: فهي كل أنثى ولدها أبوك وأمك، أو أحدهما. وبنات الأخ وبنات الأخت: كبناتك منك.

والعمة: كل امرأة ولدها أجدادك أو جداتك من قبل الأب، ولا يحرم أولادها. والخالة: كل امرأة ولدها أجدادك أو جداتك من قبل الأم.

واللفظ الجامع: أنه يحرم على الرجل أصوله وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل بعده أصل.

فرع: إذا ولدت من الزنا، لم يحل لها نكاح ولدها. والمخلوقة من ماء الزنا لا يحرم نكاحها على الزاني؛ لأنها تنفصل عن الأم، وهي إنسان وبعض منها، وتنفصل عن الفحل وهو نطفة، فعلة تحريمه النسب الشرعي وقد انتفى، ولو كان بعضا حقيقيا منه؛ لما انعقد ولد الحر رقيقا في منكوحة رقيقة، كما لا تلد الحرة رقيقا من زوج رقيق.

أما المنفية باللعان، فهل تحرم على النافي؟ فيه وجهان. وجه التحريم: أنها عرضة للحقوق بسبب الفراش إن كذب نفسه.

المانع الثاني: الرضاع. قال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١)؛ فتحرم منه الأم، والبنت، والأخ، والأخت، وبناتهما، والعمة، والخالة.

(١) هذا اللفظ الذي أورده المصنف أخرجه أحمد (٣٣٩/١)، البيهقي (٤٥٣، ٤٥٢/٧)، البغوي (٥٠٢/١)، الطبراني (٩٤/٢، ١٩٦/٨)، (٣٧/١٢، ٣٤٧/١١)، الزيلعي في نصب الراية (١٦٨/٣)، الزبيدي في إتخاف السادة (٣٣٨/٥)، المتقى في كثر العمال (١٥٦٦٨)، الأيباني في إرواء (٢٨٢/٦) ويلفظ [يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة] أخرجه البخاري (٢٢٢/٣)، مسلم (الرضاع ١٣، ١٢، ٩/٢)، أبو داود (٢٠٥٥)، النسائي (٩٩/٦)، ابن ماجه (١٩٣٧)، (١٩٣٨)، أحمد (٤٤٤/٦، ٥١٦/٦)، الدارمي (١٥٦/٢)، البيهقي (١٥٩/٧، ٢٧٥/٦)، (٤٥١، ١٥٩)، التبريزي (٣١٦١)، البغوي في شرح السنة (٨٣/٩)، المتقى في كثر العمال (١٥٧٢).

وأملك: كل امرأة أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من جهة أبيك أو أملك، وكذلك كل امرأة يرجع نسب المرضعة إليها.

وكل امرأة يرجع نسبها إلى هذه المرضعة من قبل أبيها أو أمها: فهي أختك. وكذلك كل امرأة أرضعتها أملك بلبان أهلك، فهي أختك من الأب والأم^(١). وإن أرضعتها أملك بلبان غير أهلك، فهي أختك من الأم. وإن أرضعتها أجنبية بلبان أهلك، فهي أختك من الأب. وكذلك قياس العمات، وسيأتي في كتاب الرضاع شرحه.

فرع: لو اختلطت أخته من الرضاع بأهل بلد أو قرية، لا ينحصرون في العادة، فله أن ينكح من شاء؛ كما لو غصب شاة في بلدة، فلا يحرم عليه اللحم.

ولو اختلطت بعشر أو عشرين، أو عدد محصور على الجملة، فيلزمه اجتناب الكل؛ لأن يقين التحريم عارض يقين الحل في عدد. وقيل: يجوز الهجوم، وهو بعيد.

المانع الثالث: المصاهرة. والمحرمات بالمصاهرة أربع:

أم الزوجة، وجداتها من الرضاع والنسب. وبناتها، وحفدتها من الرضاع والنسب. وزوجة الابن والحفدة. وزوجة الأب والجد.

ويحرم الجميع بمجرد النكاح إلا بنت الزوجة، فلا تحرم إلا بالدخول؛ قال الله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

والوطء الحلال بملك اليمين، والوطء بالشبهة: يحرم الأربع كالوطء في النكاح بخلاف الزنا، فإنه لا يحرم، خلافاً لأبى حنيفة؛ إذ الشبهة كالحقيقة في جلب المحرمات، كالعدة، والمهر، والنسب، وسقوط الحد، لكن يرجع في وجوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط، وينظر في ثبوت النسب والعدة إلى الاشتباه عليه. وقيل في المصاهرة: إنه تكفي الشبهة من أحد الجانبين. وقيل: لا بد من الاشتباه عني الرجل؛ لأنه قرينة النسب في كتاب الله تعالى. وقيل: لا بد فيه من الاشتباه عليهما جميعاً.

والصحيح: أن مجرد الملامسة لا يقوم مقام الوطء في تحريم المصاهرة كانت بالشبهة أو في النكاح وفيه قول آخر: أنه يلحق به. وقيل: يطرد ذلك القول في النظر بالشبهة أيضاً.

= (١٥٦٦٧)، إرواء الغليل (٢٢٦/٧). وللحديث ألفاظ أخر متقاربة بنفس المراجع التي ذكرناها.

(١) وبحسب الرجل أبا من الرضاعة لأنه صاحب اللبن والمتسبب فيه.

الجنس الثاني

ما يتعلق بتعبد عددي ولا تتأبد^(١) به الحرمة

وهي ثلاث:

المانع الأول: نكاح الأخت في عدة الأخت

قال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] فقيل: أراد ما سلف قبل التحريم فلا يرد، وقيل: ما سلف في الجاهلية.

ثم ألحق به رسول الله ﷺ جميع المحارم، فقال: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها»^(٢). والضابط: أن كل شخصين بينهما قرابة، أو رضاع، لو كان أحدهما ذكراً، والأخرى أنثى حرم النكاح بينهما: فلا يجوز الجمع بينهما.

واحترزنا بالقرابة والرضاع، عن الجمع بين المرأة وأم زوجها، أو ابنة زوجها؛ فإن ذلك جائز، وإن كان النكاح يحرم بينهما لو كان أحدهما ذكراً.

ثم ألحق الفقهاء ملك اليمين بالنكاح حتى قالوا: لو اشترى أمة ووطئها: حرمت عليه أختها وخالتها وعمتها. فإن ملك الجميع فما لم يحرم الموطوءة على نفسه بيع، أو عتق، أو تزويج، أو كتابة: فلا يحل له وطء الباقيات، ولا تقوم العوارض المحرمة مقام البيع، كالحبض، والعدة بالشبهة، والردة، والإحرام. والرهن والبيع بشرط الخيار خلاف.

وتحل الأخت بالطلاق البائن، ولا تحل بالطلاق الرجعي، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تحل أيضاً بالبائن^(٣)، وكذا الخلاف في نكاح الخامسة.

فروع: لو وطئ أمة، ثم نكح أختها الحرة: صح النكاح وحرمت الأمة. وليس كما

(١) [الأبد]: الدهر. جمع آباد، وأبود. ويقال: لا أفعل ذلك أبداً الآبدن. وأبداً الآباد: مدى الدهر وفي مثل: «طال الأبد على لبد»: يضرب للشيء يُعَمَّر، ويمر عليه دهر طويل [والأبدى]: ما لا آخر له. انظر المعجم الوسيط (٢/١)

(٢) الحديث باللفظ الذي أورده المصنف أخرجه: مسلم (النكاح ب ٤ رقم ٣٨٠٣٧)، النسائي (٩٨، ٩٧/٦)، ابن ماجه (١٩٢٩، ١٩٣١)، البيهقي (١٦٦٥/٧، ١٦٦٥/٨، ١٦٦٥/٩، ١٦٦٥/١٠)، الطبراني (٣٠٢/١١، ٢٦٤/٧)، الزيلعي في نصب الراية (١٦٩/٣)، ابن أبي شيبة (٢٤٦/٤)، السيوطي في الدر المنثور (١٣٧/٢) هذا وللحديث ألفاظ أخر متقاربة.

(٣) أى لا تحل في عدة البائن ولا الخامسة في عدة الرابعة.

لو نكحها، ثم نكح عليها أختها؛ فإن الطارئ لا يصح؛ لأن ملك اليمين ضعيف في مقصود الوطاء، فلا يدفع النكاح المقصود، بل يدفع به حله.
ولو اشترى الرجل منكوحته، صح الشراء وانفسخ النكاح؛ لأن ملك اليمين أقوى في نفسه^(١).

المانع الثاني: الزيادة على الأربع ممتنع على الحر

والثالثة في حق العبد كالحامسة في حق الحر؛ فلا يزيد العبد على اثنتين. وقال مالك: ينكح العبد أربعة.

فروع: لو نكح حمسًا في عقد، فالعقد باطل فيهن. ولو كان فيهن أختان بطل فيهما، وفي الباقيات قولاً تفريق الصفقة، وكذا لو جمع بين معتدة وخالية من العدة ففي الخلية القولان.

المانع الثالث: استيفاء عدد الطلاق

فلا تحل المطلقة ثلاثًا حتى تنكح زوجًا غيره، ويطأ في نكاح صحيح، ثم يطلقها،

(١) ومن المحرمات التي لم يذكرها المصنف ما رواه عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ [نهى أن يجمع بين العمة والخالة وبين الخاليتين والعمتين] أخرجه أحمد (٢١٧/١)، وأبو جعفر النحاس في الناسخ والمنسوخ (ص ١٠٠) وقال: أشكل هذا الحديث على بعض أهل العلم وتخبروا في معناه حتى حمّله على ما يتعدى ولا يجوز قال: معنى بين العمتين على المحاز أى بين العمة وبنت أخيها قبل لهما عمتان كما قيل سنة العمريين يعنون أبا بكر وعمر. قال: وبين الخاليتين مثله على المحاز. قال: وفي الأول حذف أى بين العمة وبين بنت أخيها وهذا من التعسف الذي لا يكاد يسمع بمثله وفيه أيضا مع التعسف أنه يكون كلامًا مكرّرًا بغير فائدة أيضا فلو كان كما قال وجب أن يكون وبين الخالة وليس كذا الحديث لأن الحديث نهى أن يجمع بين العمة والخالة فالواجب على لفظ الحديث أنه نهى أن يجمع بين امرأتين إحداهما عمة الأخرى والأخرى عمالة الأخرى وهذا يخرج على معنى صحيح ويكون:

رجل وابنه تزوجا امرأة وابنتها تزوج الرجل البنت وتزوج الابن الام فولد لكل واحد منهما ابنة من هاتين الزوجتين فابنة الأب عمة ابنة الابن وابنة الابن عمالة ابنة الأب.
وأما الجمع بين الخاليتين فهذا يوجب أن تكون: امرأتان كل واحدة منهما عمالة صاحبتها وذلك أن يكون رجل تزوج ابنة رجل وتزوج الآخر ابنته فولد لكل واحد منهما بنتا فابنة كل واحد منهما عمالة صاحبتها.

وأما الجمع بين العمتين فيوجب أن لا يجمع بين امرأتين كل واحدة منهما عمة الأخرى وذلك: أن يتزوج رجل أم رجل ويتزوج الآخر أم الآخر فتولد لكل واحدة منهما ابنة فابنة كل واحدة منهما عمة الأخرى. اهـ.

وتنقضى عدتها، ولا يحصل بالوطء في ملك اليمين، والمذهب: أنه لا يحصل بالوطء في نكاح فاسد، ويحصل بوطء الصبي، ونزولها على الزوج وهو نائم، وبلاستدخال من غير انتشار، وفيه وجه بعيد، ويحصل بمجرد تغييب الحشفة، أو مقدار الحشفة من مقطوع الحشفة ومنهم من قال: لا بد من تغييب الجميع إذا زالت الحشفة.

ومن لطائف الحيل للفرار من الغيظ، أن يشتري عبداً صغيراً، ويزوجها منه، ثم يستدخل زبيبة الصغير، ولو مع حائل من ثوب، ثم يبيع العبد منها حتى يفسخ النكاح، فيحصل التحليل، إلا إذا قلنا: لا يجوز إجبار الصغير.

فإن قيل: فما معنى قوله عليه السلام: «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»^(١).

قلنا: قيل: أراد به طالب الحل من نكاح المتعة، وهو الموقت رسماً، وسمى محلاً وإن لم يحل له؛ لأنه يعتقد، ويطلب الحل منه، وأما طالب الحل من طريقه فلا يستوجب اللعن. وقيل: إنما لعن مع حصول التحليل؛ لأن التماس ذلك هتك للمروءة. والمحلل هو المحلل له، وإعارة النفس في الوطء لغير أيضاً رذيلة؛ فإنه إنما يطؤها ليعرضها لوطء الغير، وهو قلة حمية، ولذلك قال عليه السلام: «ذلك هو التيس المستعار»^(٢). وإنما يكون ذلك مستعاراً، إذا سبق منه التماس من المطلق. ومن عرض لوطء الغير من هي منكوحته، أو من كانت منكوحته، أو ستكون منكوحته فهو مذموم جداً، فلا يبعد أن يلعن. ولا يقتضى هذا اللعن بطلان العقد؛ لأنه سماه مع

(١) الحديث أخرجه: أبو داود (٢٠٧٦، ٢٠٧٧)، ابن ماجه (١٩٣٤، ١٩٣٦)، الترمذى (١١١٩، ١١٢٠)، أحمد (٣٢٣/٢)، البيهقي (٢٠٨/٧)، الحاكم (١٩٨/٢، ١٩٩)، الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٧/٤)، الدارقطني (٢٥١/٣)، الطبراني (٢٩٩/١٧)، ابن أبي شيبة (٢٩٦، ٢٩٥/٤)، ابن حجر (١٧٠/٣)، السيوطي في الدر المنثور (٢٨٤/١)، ابن الجوزي في العلل المتناهية (١٥٨/٢)، ابن أبي حاتم في علل الحديث (١٢٣٧)، والألباني في الإرواء (٣٠٧/٦)، عن عقبة بن عامر، قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٣٩/٦): وحديث عقبة بن عامر أخرجه أيضاً الحاكم وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بالإرسال. وحكى الترمذى عن البحارى أنه استنكره. وقال أبو حاتم ذكرته ليحيى بن بكير فأنكره إنكاراً شديداً وسياق إسناده في سنن ابن ماجه هكذا: حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح المصري قال: حدثنا أبي قال: سمعت النبي ابن سعد يقول: قال لي مشر بن هاعان: قال عقبة بن عامر فذكره.

ويحيى بن عثمان ضعيف. ومشرح قد وثقه ابن معين. أ. هـ.

(٢) هذا هو معنى الجزء الأول من حديث عقبة بن عامر وتماه هكذا: قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالنيس المستعار؟» قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له، وقد سبق تخريجه وتحقيقه.

ذلك محلاً، إلا أنه إذا شرط الطلاق في نفس العقد، فإنه يفسد على وجه كالتأقيت، ولا يفسد على وجه؛ لأنه شرط فاسد كما لو شرط أن لا يتسرى عليها، ولا يسافر بها، وكسائر الشرائط المفسدة للمهر.

وأما التأقيت، فإنه وضع للعقد قاصراً على مدة، ولا يمكن الاختصار ولا لتسرية. أما إذا قال: بشرط أن لا تحل لك، فينبغي أن يفسد؛ لأنه يجعل اللفظ متناقضاً. ولو قال «بشرط أن لا تطأها» ففيه وجهان.

وهذه الشروط إذا لم تقارن العقد لا تضر، وفيه وجه بعيد: أن المقدم كالمقارن؛ أخذ من مهر السر والعلاية كما سيأتي. وعلى هذا، لا يصح التحليل بالالتماس، إلا إذا زوج مطلقاً، ثم التمس الطلاق بعد العقد.

الجنس الثالث من الموانع: الرق والملك

أما الرق: فموانع على الجملة عند الشافعي رضي الله عنه في بعض الأحوال؛ فلا يجوز للحر المسلم أن ينكح الأمة إلا بخمسة شرائط:

ثلاثة فيه: وهو فقد الحرية تحته، وفقد طول الحرية، وخوف العنت. واثنان في الأمة: وهي أن تكون مسلمة، ومملوكة لمسلم.

الشرط الأول: ألا يكون تحته حرة: فإن كانت تحته رتقاء^(١)، أو هرمة، أو غائبة، أو كتابية: لم يجز أيضاً نكاح الأمة، بل يجب عليه طلاقها، بخلاف ما إذا وجد مالاً، ولكنه غائب، فإنه كالفقيد للطول.

الشرط الثاني: فقد طول الحرية: فمن ليس تحته حرة، ولكنه قادر عليها: لم يجز له نكاح الأمة، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحِ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] الآية.

ويجوز للمفلس نكاح الأمة. وإن وجد حرة ترضى بمهر مؤجل جاز لأن الأجل سيحل وهو معسر. وكذلك إذا كان له مال غائب، وهو يخاف العنت في الحال قبل القدرة على المال. وكذلك إذا رضيت الحرية بدون مهر المثل، وملك ذلك القدر؛ لأنه لا يلزمه تحمل المنة. وفيه وجه آخر اختاره الصيدلاني: أنه لا يجوز له نكاح الأمة؛ لأن المنة بالمهر مستحقر في النكاح، بخلاف المنة في بيع المراء، والثوب الساتر لبعورة في الصلاة.

(١) [رَبَقًا] الشيء - رتقاء: انسدت والتأم فهو أرتق، والمرأة: انسدت فلا توتى. فهي رتقاء جمع: رتق.

انظر: المعجم الوسيط (١/٣٢٧).

ولو وجد مالا، ولم يجد حرة ينكحها: جاز له نكاح الأمة. ولو لم يجد إلا حرة تغاليه في المهر مغالاة يعد احتمال ذلك سرفا بالإضافة إلى مقاصد النكاح: فله نكاح الأمة. وإن كان ذلك قدراً قريبا لم يرخص بسببه.

وكذلك الولي إذا نقص من مهر المثل قدراً يحتمل ذلك لأغراض النكاح، فلا ينبغي أن يثبت الإعراض للمرأة، بل إذا أفرط في النقصان؛ فإن مقاصد النكاح تغطي على هذه المحقرات. وكذلك لو لم يجد إلا حرة غائبة غيبة قريبة يحتمل مثلها في مقاصد النكاح: لم ينكح الأمة، وإن كانت بعيداً نكح الأمة.

ولو لم يجد إلا حرة كتابية، جاز له نكاح الأمة على أحسن الوجهين؛ لأن الحذر من مخالطة المشركات مهم، ويشهد له ظاهر قوله: ﴿المحصنات المؤمنات﴾.

الشرط الثالث: خوف العنت: وإنما يتم ذلك بغلبة الشهوة، وضعف عصام التقوى. ولا يشترط في الخوف غلبة وقوع الزنا، بل توقع وقوعه، كما أن الطريق المخوف هو الذي يتوقع فيه الهلاك وإن لم يغلب. والأمن هو أن لا يتوقع، وإن كان ذلك ممكناً على الندور.

ومن ضعفت شهوته، وقوى تقواه، فهو آمن. ومن غلب عليه شهوته، ولكنه راسخ التقوى؟ فإن كان يفضي به الصبر إلى مرض فلينكح الأمة، وإلا فالصبر أحسن من إرقاق الولد، ولا يبعد أن يترخص ولا يكلف المشقة في مصابرة الشهوة.

ومن قدر على التسرى، فالظاهر أنه لا ينكح الأمة؛ لأنه لا يخاف العنت. وفيه وجه: أنه ينكح؛ لأن ملك اليمين لا يقصد به التحصن.

الشرط الرابع في الأمة: وهي أن تكون مسلمة: فلا يحل عند الشافعي رضي الله عنه للمسلم نكاح الأمة الكتابية بحال؛ لقوله تعالى: ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥]. وكان الأصل في المشركات والإماء التحريم، وهذا مستثنى مع التقييد.

الشرط الخامس: أن تكون مملوكة لمسلم: حتى لا يرق ولد المسلم لكافر، وفي هذا الشرط خلاف، ولعل الظاهر أنه لا يشترط؛ لأنه إن رق لكافر فيباع عليه في الحال.

واختتام الشرائط بأمرين:

أحدهما: أن العبد لا تعتبر فيه الشرائط كلها إلا الشرط الرابع والخامس، بل الأمة في حقه كالحره حتى يجوز له الجمع بين الأمتين. ولا يجوز للحر الجمع بين أمتين بحال. وهذا؛ لأن المحذور من نكاح الإماء إرقاق الولد، والعبد رقيق ليس عليه النظر لولده

الموجود، فلا يؤمر بالنظر لولده المفقود.

والمكاتب، ومن نصفه رقيق في هذا كالعبد، كما أن من نصفها رقيق كالأمة، حتى تقتصر إلى الشرائط في نكاح الحريات. نعم، يحتمل تردد في أن من قدر على مثلها، هل يجوز له نكاح أمة كاملة الرق؛ لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق جميعه؟.

وأما الحر الكتابي، فهو كالمسلم في شرائط النكاح إلا في نكاح الأمة الكتابية، إذ نص الشافعي رضي الله عنه على أن الكافر يزوج أمته. وذلك يدل على أن تزويجها ممكن، ويتجه ذلك من حيث إن الكفر ليس نقصاً في حق الكافر. ولكن هذا ينقصه نص الشافعي رضي الله عنه: أن العبد المسلم لا ينكح الأمة الكتابية. والرق ليس نقصاً بالإضافة إليه لما اعتورها نقصان في حقه. فمن الأصحاب من جعل المسألتين على قولين. ويرجع الخلاف إلى أن الأمة الكتابية، هل هي محرمة في عينها كالوثنيات، أو هي محرمة لاجتماع النقصين؟.

الأمر الثاني: أن شرط فقد الحرية وطولها وخوف العنت، يعتبر في ابتداء النكاح دون دوامه، فلو نكح حرة على أمة يجوز، وقال المزني: «ينقطع نكاحها بوجودان طول الحرية والقدرة عليها فضلاً عن وجودها». ولم يطرد ذلك في زوال خوف العنت. وأما إسلام المالك إن شرطناه فلا شك في أنه لا يعتبر في الدوام.

فرع: لو جمع بين حرة وأمة في عقد واحد: بطل نكاح الأمة، وفي نكاح الحرة قولاً تفريق الصفة. الأصح وهو نص القديم صحة نكاح الحرة؛ لأن النكاح لا يفسد بفساد المهر، فكيف يفسد بفساد القرينة المبينة له؟.

ولو جمع بينهما من يحل له نكاح الأمة مع القدرة على الحرية وهي أن تكون هذه الحرة رضية بدون مهر المثل، وقلنا: لا يلزمه تقلد المنة فلا يصح هاهنا نكاح الأمة؛ لأن الأمة لا تضام الحرية؛ فلا يصح إلا إذا سبق نكاحها، وهاهنا لم يسبق. وأما نكاح الحرة فطريقان:

أحدهما: طرد القولين. والآخر: القطع بالفساد؛ كما لو جمع بين أختين، فإنه الآن قادر عليهما جميعاً. وهذا بعيد؛ لأن إحدى الأختين ليست أولى بالدفع، وهاهنا الأمة أولى بالدفع.

المانع الثاني الملك: وهو وراء الرق؛ فإن من يحل له نكاح الأمة، لا يحل له أن ينكح أمة نفسه وإن قلنا: إن القدرة على التسرى لا تمنع نكاح الأمة. بل لو اشترى زوجته أو

ورثها انفسخ النكاح. وكذلك لا تنكح الحرة عبد نفسها. ولو اشترت زوجها العبد أو ورثته انفسخ النكاح.

الجنس الرابع من الموانع الكفر

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في أصناف الكفار

وهي ثلاثة: الصنف الأول: أهل الكتاب. وهم اليهود والنصارى، وكفرهم أخف؛ فتحل مناعتهم وذبائهم. وحكمهم في حقوق النكاح كالمسلمات، لا في الميراث، إذ لا إرث مع اختلاف الدين. ولا كراهية في نكاحهن؛ فإن الاستفراش إهانة، والكافرة جديرة بذلك. وقال مالك: «يكره نكاحهن». نعم، الحرية لكتيبة يكره نكاحها؛ فإن صحبة الكفار في ديارهم توجب الافتتان، وربما تسبى الحرية، وهي حامل بولد مسلم، والكراهية تثبت بأقل من هذا.

الصنف الثاني: عبدة الأوثان والمُعْطَلَّة والدهرية، ومن لا يقر بالجزية، فلا يحل نكاحهم وذبائهم، وتدخل فيهم المرتدة.

الصنف الثالث: المجوس. ويسلك بهم مسلك أهل الكتاب في التقرير بالجزية دون المناكحة والذبيحة. وحكى في مناعتهم قول بعيد للشافعي رضى الله عنه. ولا وجه له، وقيل: كان لهم كتاب فأسرى به.

ثم حق الكتابة في القسم والنفقة وسائر الحقوق كالمسلمة. وللمسلم منعها من الخروج إلى الكنائس، كما له منع المسلمة من المساجد. وله أن يلزمها الغسل من الحيض؛ حتى تحل له. وهل يلزمها الغسل من الجنابة لأجل العيافة؟ فيه قولان. وكذلك في إلزام الاستحداد الذي يكسر الشهوة تركه، وكذلك في المنع من تناول الخنزير والمستقذرات وأكل الثوم، وكل ذلك في المسلمة أيضا.

الفصل الثاني: في أقسام أهل الكتاب

فنقول: من آمن أول آبائه قبل التحريف أو بعده، ولكن علم المحرف ولم يؤمن به وكانت من نسب بنى إسرائيل فقد اجتمع لهما الشرفان؛ فيصح نكاحها قطعا. وإن لم تكن من بنى إسرائيل ففي جواز نكاحها قولان. وإن كان أول آبائها آمن بعد التحريف ففي جواز نكاحها أيضا قولان. وإن شككنا في ذلك، فقولان مرتبان وأوى بالجواز.

ولا خلاف في أن من آمن أول آبائه بعد المبعث أو شككنا في ذلك، لم تحل مناكحته.

وإذا آمن أول آباء اليهودية بعد نزول عيسى، عليه السلام، فهل يكون كما بعد المبعث؟ فيه وجهان، والأقيس: أن لا يعتبر نسب بنى إسرائيل، ولا يقدم إحد الأبء على التحريف.

وأما الصابنون والسامرة وهم من طوائف اليهود والنصارى، بينهم خلاف في الاعتقاد نص الشافعي رضي الله عنه في موضع على جواز مناكحتهم، ونص في موضع على خلافه. واتفق جماهير الأصحاب على أن المسألة ليست على قولين. ولكن ظن الشافعي رضي الله عنه مرة أنهم يخالفون القوم فيما يوجب التكفير، فتلتحق بالزنادقة، وظن مرة أنهم يخالفون فيما يوجب البدعة، ونكاح المبتدعة صحيح. وأطلق الشيخ أبو على طرد القولين.

الفصل الثالث: في تبديل الدين

وله صور:

أحدها: أن ينتصر يهودي، أو يتهود نصراني، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يقرر عليه؛ لأنهما دينان متساويان الآن.

والثاني: أنه لا يقنع منه إلا بالإسلام، ولو عاد إلى تنصره لم يكفه؛ لأنه أبطل ترك العصمة، فلا يستحدثه بعد المبعث عصمة.

والثالث: أنه لا يقنع منه إلا بالإسلام، أو بالعود إلى التنصر، فإن أصر وقت: لا يقر عليه، فليتحقق بمأمنه، أو يقتل قتل المرتد؟ فيه قولان.

الصورة الثانية: أن ينتصر وثني، فلا يقر عليه أصلاً؛ لأنه لم يكن معصوماً، ويريد استحداث عصمة بدين باطل. وإن توثن النصراني فلا يقر أصلاً ولكن في قول: لا يقنع إلا بالإسلام. وفي قول: يقنع بالإسلام أو بالعود إلى التنصر. وفي قول: يقنع وإن عاد إلى اليهود.

الصورة الثالثة: أن يرتد مسلم والعياذ بالله، فالأديان في حقه سواء، ولا يقنع منه إلا بالسيف، أو الإسلام.

ويمنع نكاح المرتد والمتردة، وإن طراً على دوام النكاح تنجزت الفرقة قبل المسيس.

وإن جرى بعد المسيس توقف على انقضاء العدة عند الشافعي رضي الله عنه . فإن عاد إلى الإسلام، استمر العقد، وإلا تبين بطلان النكاح بنفس الردة. وكذلك لو ارتدَّ معا، فهو كما لو ارتد أحدهما. وكذلك لو أسلم أحد الزوجين المجوسيين، أو الوثنيين. أو أسلمت الكناية تحت كافر: تنجزت الفرقة قبل المسيس، وتوقف على العدة بعد المسيس. ولو أسلما معا استمر النكاح.

فرع: متولد من يهودى ومجوسى، ففى حل مناكحته قولان: أحدهما: التحريم؛ تغليبا لجانب الحرمة. والثانى: النظر إلى جانب الأب؛ اعتبارا للنسب.

ثم قال القفال: هذا فى الصغير، فإن بلغ وتمحس، فله ذلك وهو مجوسى. ويحتمل أن يقال: إذا كان أبوه يهوديا، لم يمكن من التمحس بعد البلوغ، وجعل كاليهودى بمحس.

* * *

هذا باب نكاح المشركات

وهذا أو أن ذكره؛ لانشعاب مسائله عن الموانع السابقة، وفيه فصول:

الأول فى حكم أنكحة الكفار فى الصحة والنسب:

وكان مقتضى قياس الشرع وعموم خطابه، أن لا يخالف نكاح الكافر نكاح المسلم، ويرعى فيه جميع الشرائط، حتى لا يحتاج إلى أفراد نكاحهن بنظر، لكن روى أن فيروز الديلمى^(١) أسلم على أختين، فقال رسول الله ﷺ: «اختر إحداهما، وفارق الأخرى»^(٢) وأسلم غيلان على عشر نسوة فقال ﷺ: «أمسك أربعاً، وفارق سائرهن»^(٣). فحمل أبو حنيفة قوله: «اختر» على الاستئناف، ووفى برعاية تمام

(١) هو أبو عبد الله فيروز الديلمى، وقيل فيروز بن الديلمى، من أبناء الفرس، وفد على رسول الله ﷺ، وأسلم رضي الله عنه، وهو الذى قتل الأسود العنسى الذى ادعى النبوة باليمن وكان ذلك فى آخر حياة النبي ﷺ، وفى مرض موته الذى توفى فيه فقال ﷺ: «قتله الرجل الصالح، فيروز الديلمى» توفى رضي الله عنه فى خلافة عثمان رضي الله عنه.

انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٣٨٩/٥)، إتحاف السادة المتقين (١٨٠/٧)، كثر العمال (٣٩٤٧٥)، الاستيعاب (١٢٦٤/٣)، أسد الغابة (١٨٦/٤)، الإصابة لابن حجر (٢١٠/٣)،

(٢) أخرجه الترمذى (١١٢٩، ١١٣٠)، التبريزى فى مشكاة المصابيح (٣١٧٨)، أحمد (٤٤٧/٢)، البيهقى (٣/٨)، ابن أبى شيبه (٢٣٧/٥)، الطحاوى فى مشكل الآثار (١٧٦، ١٧٨)، البيهقى فى الأسماء والصفات (٣٢٥)، الحميدى فى مسنده (١٠٨٣).

(٣) الحديث أخرجه: البيهقى (١٨١/٧)، السيوطى فى جمع الجوامع (٤٤٦٤)، الهيثمى فى موارد=

الشروط، وقضى بأن من أسلم على أختين تعينت السابقة، واندفعت الثانية. وإن نكحهما في عقدة اندفعتا جميعا، كما لو أَرْضعت امرأة صغيرتين نكحهما واحد، فإنهما يندفعان. إلا أن التأويل الذى ذكره باطل؛ لقوله ﷺ: «أَمْسِكْ»؛ ولأنه لم يعلمهم شرائط النكاح، ولم ينقل إنشاء العقد، وترك رسول الله ﷺ استئصال نكاح الأختين، مع أن الغالب أن تسبق إحداهما؛ ففهم منه أنهم إذا أسلموا، لم يؤاخذوا بشرائط الإسلام. ولكن إن كان المفسد مقارنا دفعناه؛ ولذلك أمرناه باختيار إحداهما؛ إذ الجمع مفسد مقارن. فتحصل من هذا، أنه لو نكح بغير ولى وشهود، أو فى عدة وأسلم بعد انقضاء العدة، قررناه على النكاح.

وأما إن كان المفسد مقارنا لحال الإسلام: لم يقرر، كما لو أسلم على محرم نكحها من أم أو بنت أو غيرهما، أو نكحها معتدة وأسلم أو أحدهما قبل انقضاء العدة. وكذلك لو نكح مؤقتا، واعتقدوا صحته مؤقتا، وأسلما قبل انقضاء الوقت: لا يقرر عليه؛ لأن التأييد على خلاف اعتقادهم، وتقريره مؤقتا فاسد فى الإسلام. وإن اعتقدوه مؤبداً قرروا عليه.

ولو اغتصب كافر امرأة، واعتقدوه نكاحاً؟ قال القفال: لا نقررهم عليه؛ إذ لا أقل من عقد. وقال الصيدلانى: يقررون؛ إذ إقامة الفعل مقام العقد ليس فيه إلا إخلال بشروط. وهو متجه.

ولونكحوا نكاحاً واعتقدوه فاسداً وهو صحيح عندنا قررناهم على الصحيح. وإن كان فاسداً عندنا لم نقررهم؛ لأن الرخصة بالتقرير إنما ورد فيما اعتقدوه نكاحاً. أما المفسد الطارئ بعد العقد كالعدة بالشبهة فلا يدفع النكاح وإن اقترن بالإسلام؛ لأن طارئها لا يقدح فى نكاح المسلم، فكيف يقدح فى نكاح الكافر؟!.

ولو نكح أمة، ثم حرة، وأسلم عليهما: اندفع نكاح الأمة؛ لأننا إذا لم ننظر إلى التقدم والتأخر فى العقد على أختين، فكذا لا ننظر فى العقد على حرة وأمة، ويجعل ذلك كمفسد لنكاح الأمة قارن العقد والإسلام. واليسار الطارئ بعد نكاح الأمة إذا دام إلى إسلامهما يدفع نكاح الأمة. وهذا يخالف ما ذكرناه فى العدة الطارئة، والفرق

=الظمان (١٣٧٨)، الشافعى فى المسند (٢٩٢، ٢٧٤)، المتقى فى كثر العمال (٤٤٧٦٥)، الساعاتى فى بدائع المنن (١٦٠٤)، البغوى فى شرح السنة (٨٩/٩). التبريزى فى مشكاة المصابيح (٣١٧٦)، الألبانى فى إرواء الغليل (٢٩١/٦، ٣٢٤). وفى إسناد هذا الحديث محمد ابن عبد الرحمن بن أبى لىلى وقد ضعفه غير واحد من الأئمة، انظر: نيل الأوطار (١٤٩/٦).

غامض. ووجهه: أن فقد قدرة الطول أحد شرطى نكاح الأمة، فكان بصران احرة أشبه؛ ولأن إرقاق الولد مفسد نكاح القادر، وهو مقارن للإسلام دائماً، فيشبه المحرمة المقارنة.

وأما العدة الطارئة، فينتظر زوالها على قرب. وكذلك لو أسلم أحد الزوجين وأحرم فأسلم الثاني، لم يندفع النكاح كما فى العدة الطارئة، وبخلاف وجود الحرة. وحكى عن القفال أنه ألحق العدة والإحرام بالحرة، وقضى باندفاع النكاح. واستشهد على ذلك بنص الشافعى رضى الله عنه: «أنه لو أسلم أحدهما بعد المسيس وارتد، ثم أسلم الثاني: اندفع نكاحها». وهذا فيه نظير؛ لأن الردة تضاد النكاح، ولذلك نتبين بعد انقضاء العدة من وقت الردة إذا أصر. والعدة والإحرام لا يضادهما؛ ولذلك لا تصح رجعة المرتدة، وتصح رجعة المحرمة، والمعتدة عن الشبهة، على الصحيح. ثم قطع الصيدلانى والجماهير بأن المفسد، إن قارن إسلام أحدهما: كفى، إلا فى اليسار، فإنه لم يلتفت إلى وجوده إلا حالة اجتماعهما فى الإسلام.

ولو نكح معتدة، فأسلم أحدهما قبل تمام العدة، والآخر بعد تمام العدة: لم يقرر. وكذلك لو أسلم على حرة وأمة، فأسلمت الحرة وماتت، ثم أسلمت الأمة: اندفعت الأمة بوجود الحرة عند إسلام الزوج.

ولو أسلم موسراً على أمة، ثم أعسر فأسلمت، قرر عليها. وغاية الفرق: أن تأثير اليسار فى دفع الأمة أضعف؛ لأنه مأخوذ من ظاهر الخطاب الوارد مع المؤمنين؛ فلا يظهر أثره فى حق الكافر، إلا عند الاجتماع فى الإسلام، بخلاف العدة والحرة. ولضعف هذا الفرق طرد أبو يحيى البلخى القياس، وقضى بأنه إذا أسلم موسراً، وتخلفت، ثم أسلمت بعد إعساره، لم يقرر عليها وزاد فقال: لو أسلم معسراً، ثم أيسر فأسلمت: قرر؛ لأنه إذا اعتبر تلك الحال، فما بعد ذلك طارئ لا يؤثر.

وقد ثار الخلاف بين الأصحاب فى أصلين:

أحدهما: أن التقرير عند الإسلام فى حكم ابتداء نكاح، أو فى حكم الإدامة؟ فقالوا: فيه قولان مستنبطان من كلام الشافعى رضى الله عنه وهو غير سديد؛ إذ كيف يجعل فى حكم الابتداء؟ والصحيح أنه لا تمنعه عدة المشبهة والإحرام. وكيف يجعل إدامة، واليسار المقارن وإن كان طارئاً بعد النكاح يدفعه؟ بل الصحيح أنه مردد بينهما لا يتمحض فيه أحد الحكمين، وكأنه بالرجعة أشبه، فإنه أيضاً كالمردد.

الثاني: أن أنكحة الكفار، يحكم بصحتها، أو فسادها، أو يتوقف إلى الإسلام؟ ذكروا فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها فاسدة؛ لأنها تخالف الشرع، ولكننا نصحيحها بعد الإسلام رخصة. والثاني: أنها صحيحة؛ بدليل التقرير؛ فإن القول بالفساد مع التقرير محال ولأنه يحصل التحيل بوطء الذمي، ويرجم الذمي لكونه محصناً، وإذا ترافعوا إلينا قضينا بالمهر والنفقة من غير بحث عن شروطهم.

والثالث: أنا نتوقف، فإن أسلموا بأن الصحة فيما يقرر عليه في الإسلام، حتى لو نكح أختين، فاختار في الإسلام إحداهما، بأن صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى. وميل ابن الحداد إلى التوقف. وهذا أقرب. وأما الإفساد مع إيقاع طلاقهم، ومع التحليل، والإحصان، والتقرير بعد الإسلام فلا وجه له.

التفريع: إن قضينا بالفساد من الأصل أو التوقف فلا مهر للتي اندفع نكاحها بالإسلام؛ إذ بان الفساد من الأصل. ولذلك إذا طلق الكافر زوجته ثلاثاً، ثم أسلم، لم يفتقر إلى المحلل إن قضينا بفساد نكاحه. وإن صححنا افتقر إليه. وقال ابن الحداد: لو نكح أختين، وطلق كل واحدة ثلاثاً، ثم أسلموا خيرناه. فإن اختار واحدة تعينت لنكاح، ونفذ الطلاق الثلاث فيها، وافتقر فيها إلى محلل، وللأخرى نصف المهر إذا جرى الإسلام قبل الميسس. قال الشيخ أبو علي: إن حكمنا بصحة أنكحتهم، فلا حاجة إلى الاختيار، بل نفذ الطلاق فيهما جميعاً، ويفتقر إلى محلل فيهما. وإن حكمنا بالفساد لم ينفذ الطلاق، ويختار واحدة ولا مهر للثانية. وإن توقفنا فهو كما قاله ابن الحداد إلا في المهر؛ لأننا على قول التوقف نتبين فساد نكاح المندفعة بالإسلام، فلا مهر لها؛ لأنها اندفعت باختيار الثانية. والثانية لما تعينت للنكاح نفذ الطلاق الثلاث فيها، وافتقر إلى المحلل.

فإن قيل: فما حكم صداقهن الفاسد بعد الإسلام؟ قلنا: إذا أصدقها حمراً أو خنزيراً، وقبضت، ثم أسلما: فلا مهر لها وإن كان الإسلام قبل الميسس.

وإن أسلما قبل القبض وبعد الميسس، فلها مهر المثل، ولا سبيل إلى قبض الخمر.

وكذلك في تقابضهم ثمن الخمر وقيمتها عند الإتلاف، لم تعرض لما سبق استيفاؤه، ولا ننشئ في الإسلام حكماً لأجل اعتقادهم. فلو قبض البعض دون البعض، رجع إلى بعض مهر المثل. فلو أصدقها ثلاثة من الكلاب، وخنزيرين، وزق خمر، فقبضت

الكلاب، فالصحيح أنه يقوم الجميع. فإن كان ما قبضته قدر الثلث، رجع إلى ثلثي المهر ومنهم من قال: لا قيمة لهذه الأشياء، فيوزع على العدد، وترجع إلى نصف المهر. ومنهم من قال: يوزع على الأجناس، وصورته أن الكلاب كلها كلبا واحداً، وكذلك الزقاق، وكذلك الخنازير.

ولو نكحت بغير مهر، واعتقدوا أن لا مهر للمفوضة، فلا مهر لها بعد الإسلام. وإن أسلم قبل المسيس فلا مهر؛ لأننا لا نتعرض لما سبق، وقد سبق استحقاق وطء بلا مهر. هذا كله إذا أسلموا. فإن ترافعوا إلينا في أنكحتهم أو في غيرها قبل الإسلام، فيجوز لحاكمنا أن يحكم بينهم بالحق ويستبعمهم.

وهل يجب عليه الحكم؟ إن كان أحد الخصمين مسلماً: وجب. وإن لم يكن فقولان:

أحدهما: لا يجب؛ لقوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ [المائدة: ٤٢]. والثاني: وهو الأصح أنه يجب إذا التزمنا الذب عنهم، ودفع الظلم من جملة الذب. والآية لم تنزل في أهل الذمة.

وكذلك إذا كانا مختلفي الملة وجب الحكم قطعا. وقيل بطرد القولين.

وأما المعاهدون فلا يلزمنا الحكم بينهم، وإن كانوا مختلفي الملة؛ لأننا شرطنا الكف عنهم، ولم نلتزم لهم شيئا، إذ لم يلتزموا لنا شيئا.

ثم إذا أوجبنا الإجابة، فمهما استعدى أحد الخصمين، فحضر الآخر، ولم يرض بحكمنا: لم نحكم؛ لأننا إنما نحكم عليهم إذا رضوا بحكمنا، فإن أبوا فلا نكلفهم موجبات شرعنا.

ثم مهما طلبوا تقدير النفقة، واستيفاء المهر في أنكحتهم: حكمنا بها وإن عقدوها بغير ولي ولا شهود. وهذا يقوى قول التصحيح لكن لو كان المفسد قائما: لم نحكم، كما لو طلبت نفقة في نكاح المحارم.

ولو طلبت المحوسية النفقة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كالمحرم؛ فإنها محرمة في عينها. والثاني: نعم؛ لأنه لا بد للمجوس من الأنكحة. وهذا يشير إلى أنها محرمة على المسلم خاصة.

ولو طلبت نفقة أختين في نكاح واحد، فينبغي أن لا نحكم؛ لأن المانع قائم مقارنة.

وهو مخالفة ظاهرة للشرع، بل القتل المسموح به، أن لا يبحث عما سبق من شروط أنكحتهم.

وإذا لم نحكم في هذه المسألة، فهل يفرق بينهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، تركا للتعرض. والثاني: نعم؛ لأنهم أظهروا ذلك عندنا، فصار كما لو أظهروا حمورهم أرقناها.

الفصل الثاني

في أن يسلم الكافر على عدد من النسوة لا يمكن الجمع بينهم

كما لو أسلم على أختين، أو على خمس نسوة، أو على امرأة وابنتها، أو على حرة وأمة، أو على إماء كثيرة. فهذه خمس صور:

الأولى: أن يسلم على أختين. فيختار إحداهما، وتدفع الأخرى، سواء نكحهما في عقد واحد أو في عقدين. فإن أسلمت معه واحدة، وتخلقت الأخرى: اندفع نكاح المتخلفة، إلا إذا كان بعد المسيس، فإنه ينتظر إسلامها قبل مضي العدة. فإن أسلمت اختار إحداهما، وإن أصرت اندفعت المصرة. وهذا فيه إذا كانت المتخلفة وثنية أو مجوسية. فإن كانت كناية فلا يندفع نكاحها بالإصرار، بل يجرى الاختيار وإن أصررن على الكفر.

الثانية: إذا أسلم على خمس نسوة فصاعداً: اختار أربعاً، واندفعت الأخرى، سواء نكحن في عقد واحد أو في عقود. وحكم انتظار إسلام المتخلفة منهن كانتظار الأخت.

الثالثة: أن يسلم على امرأة وابنتها؛ فإن كان قد دخل بهما، فهما محرمان ومحرمتان، فلا تقرير عليهما؛ إذ وطء كل واحدة بالشبهة يحرم الثانية بالمصاهرة. فإن لم يدخل بهما فقولان:

أحدهما: أنه يتخير بينهما كالأختين. والثاني: وهو الأصح، واختيار المزني أن الأم تدفع، ويبقى نكاح البنت؛ لأن مجرد نكاح البنت يدفع نكاح الأم، وبمجرد نكاح الأم لا يدفعها. وأما الأختان فلا ترجيح لإحداهما على الأخرى.

وينبني هذا الخلاف على قولين في صحة أنكحتهم وفسادها. وقول التخيير يستمد من قول الإفساد؛ فإنه إذا انتفت الصحة لم يعهد نكاح البنت صحيحاً قبل الإسلام حتى يدفع نكاح الأم. لكن الخلاف محتمل دون هذا البناء، بل هو محتمل فيما لو نكح

المسلم امرأة وأمها في عقد واحد، إذ يحتمل أن ينعقد على البنت بهذا الترجيح كما لو جمع بين حرة مساعة بالمهر وأمة، وقد ذكرنا خلافاً في أنه، هل ينعقد نكاح الحرة لترجيح جانبها، بأن نكاحها يدفع نكاح الأمة، ونكاح الأمة لا يدفعها؟.

ثم قال ابن الحداد: وإن قلنا بالتخير، فللمفارقة نصف المهر؛ لأنها بانت باختياره. قال الفقهاء: هذا بالعكس أولى فإن التخير بناء على القول بفساد أنكحتهم قبل الإسلام، فتبين باختيارها أن نكاح الأخرى لم ينعقد، فلا مهر لها.

وإن عينا البنت، فالأم قد اندفعت بالإسلام، فلها المهر، ويمكن أن يقال: إنها اندفعت بالحرمة، ولا مهر للمحرّم، إنما المهر على قول صحة أنكحتهم للزائدات على العدد الشرعي ومن لا يتصف بصفة تنافي النكاح، كالأخت والخامسة.

أما إذا وطء إحداهما، نظر: فإن وطء البنت، حرمت الأم، فضارت محرمة، وتعينت البنت عند الإسلام. وإن وطء الأم، صارت البنت محرمة واندفعت. وهل يبقى نكاح الأم إذا أسلمتا؟ إن قلنا: يصح نكاح الكفار، فهي أيضاً صارت محرمة بنكاح البنت فلا يبقى، وإلا دام نكاحها.

الرابعة: أن يسلم الحر على إماء: فإن كان عاجزاً عند الالتقاء في الإسلام، اختار واحدة. ولو أسلم على ثلاث إماء، فأسلمت معه واحدة وهو معسر، ثم أسلمت الثانية وهو موسر، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر، وكل ذلك قبل انقضاء عدتهن: اختار واحدة من الأولى والثالثة، واندفعت الثانية. وهذا بناء على المذهب الصحيح في أن اقتران اليسار بإسلام إحداهما لا يدفع، بخلاف العدة المقارنة للنكاح، وهذا على مخالفة البلخي.

الخامسة: أن يسلم على حرة وإماء. فإن أسلمن معه، اندفع نكاح الإماء وتعينت الحرة وإن أسلمن معه وتخلفت الحرة وأصررت، أو ماتت قبل العدة: اختار واحدة من الإماء إن كان عاجزاً عند الإسلام، ولا يعتبر عجزه عند الاختيار؛ لأنه كالبيان لما قرره الإسلام، فالنظر إلى حالة الإسلام. وإن أسلمت قبل انقضاء عدتها، اندفع نكاح الإماء؛ لأنه أسلم وتحت حرة استقر نكاحها، ولا تجتمع الأمة مع حرة في النكاح وإن كانت كافرة.

ولو أسلم مع الحرة وبقيت أو ماتت وتخلفت الإماء، اندفع نكاحهن ولا ينتظرن؛ لأنه استقر نكاح الحرة بإسلامها، فلا معنى للانتظار. وكل من ينتظر إسلامه، فمات

ولم يسلم قبل انقضاء العدة، فهو كما لو أصر. وكذلك لو أسلم على واحدة، ومات قبل إسلام الباقيات، فالمراث للمسلمة، ولا شيء للباقيات؛ لأن التخلف إلى موته كالتخلف إلى انقضاء العدة؛ إذ لا انتظار بعد الموت وانتهاء النكاح.

فرع: ما ذكرناه من أن الحرية إذا تقدمت مع الزوج في الإسلام، اندفع نكاح إماء ولا ينتظرون، وذلك فيه إذا بقين على الرق. فإن عتقن، ثم أسلمن قبل لعدة، لتحقن بالحرائر الأصلية، حتى لو لم يكن تحته حرة، فأسلم على إماء وتخلفن، ثم عتقن وأسمن: اختار أربعاً منهن. ولو أسلم على إماء، وتخلفت واحدة وعتقت، وأسلمت قبل انقضاء العدة تعينت للنكاح.

والمقصود أن طرآن الحرية قبل الاجتماع في الإسلام: يلحقها بالحرائر الأصلية. ولو أسلم على أمتين وتخلفت أمتان، فعتقت واحدة من المتقدمين ثم أسلمت المتخلفتان رقيقتين: اندفع نكاحهما؛ إذ تحت زوجهما عتقة. أما المتقدمة الرقيقة فلا تندفع؛ لأن عتق الأخرى كان بعد اجتماعهم في الإسلام، فلا يؤثر في دفعها، بل يختار إحدى المتقدمين.

الفصل الثالث

في حكم العبيد والإماء، وطرآن العتق عليهم

وله طرفان:

الأول في العبيد

ومهما أسلم العبد على إماء أو حرائر أو إماء وحرائر اختار اثنتين؛ لأن حرية في حقه كالأمة. نعم، إذا أسلم مع حرة، فهل لها الخيار؛ لرقه؟ القياس أنه لا يثبت؛ لأنها رضية برقه أولاً. واختار المزني ثبوت الخيار، كما إذا عتقت تحت عبد، وكان حكم حررتها، إنما يثبت بالإسلام، فيكون كالحرية الطارئة. والمقصود: بيان طرآن العتق عليه، وذلك لا يؤثر إن كان بعد الإسلام. وإن كان بين الإسلام مين يؤثر، حتى لو أسمن وتخلف وعتق، ثم أسلم فيختار من الحرائر أربعاً، ويرجع في الإماء إلى واحد. وإن أسلم، وأسلمت معه حرتان، ثم عتق فأسلمت الباقيات من الحرائر: فلا يزيد على اثنتين؛ لأنه صادف كمال عدد العبد قبل الحرية.

ولو أسلم مع واحدة، وعتق وأسلمت الباقيات: اختار أربعاً؛ لطرآن العتق قبل كمال عدد العبيد. وشبهوا هذا بمسألتين:

إحداهما: العبد لو استوفى طلقتين من زوجته، ثم عتق: لم ينكحها. ولو استوفى طلقة ثم عتق، نكحها وملك عليها طلقتين.

الثانية: الأمة لو عتقت في يوم قسمها، استوفت مدة الحرائر. ولو عتقت متصلا بآخر مدتها: اقتصرت.

فروع: لو أسلم على أربع إماء، فأسلمت معه ثنتان، فعتق، ثم أسلم الآخرين: جاز له اختيار ثنتين؛ لأنه تم له عدد العبد قبل العتق، فلا يجب عليه الرجوع إلى واحدة. ولكنه هل تتعين الأوليان أم لا؟ قال الإمام: «لا تتعين، بل هو كما أسلم حر على أربع إماء، فأسلمن على التوالى، وطرآن الحرية، لا يزيد على الحرية الأصلية». وقال الفوراني: لا يجوز له اختيار الآخرين؛ لأنه اجتمع بهن في الإسلام وهو حر، فكيف يجمع بينهما، ويختار الأولين؟!

وهل يختار واحدة من الأولين وواحدة من الآخرين؟ فيه وجهان. وتوجيه الجواز أن الحرية تمنعه من الجمع بين الآخرين، ولا تمنعه من أصل العدد؛ فيختار واحدة منهما، وواحدة من الأولين. وقد قال القاضي حسين: لو أسلم على اثنتين، فأسلمت معه واحدة، ثم عتق فأسلمت الثانية لا يختار إلا واحدة؛ لأنه عتق قبل كمال العدد، ولكن قال: «تتعين الأولى» وهذا لا وجه له أصلا.

الطرف الثاني في عتقهن

وتأثيره في إلحاقها بالحرائر مهما تقدم على الاجتماع في الإسلام. ويظهر أثره في إثبات الخيار لها إذا كانت تحت عبد، ويكون خيار العتق على الفور. لكنها لو أسلمت وعتقت، فلها ألا تبادر الفسخ؛ فإن الزوج ربما يصبر فتستغنى عن هذا الفسخ، وكذلك الرجعية إذا عتقت، لها التأخير إلى انقضاء المدة؛ فإن هذا عذر في التأخير. ولو فسخت قبل إسلام الزوج: نفذ، ولا فائدة له إن أصبر الزوج. وفائدته، إن أسلم الزوج، تظهر في قصور مدة العدة؛ إذ لو أحررت وأسلم الزوج وفسخت، طال عليها الانتظار. ولا نقول: فسختها موقوف على إصرار الزوج فلا ينفذ؛ فإن الفسخ جنس واحد، فلا يتمتع بإمكان فسخ آخر، بخلاف ما إذا كان تحت حرة وإماء، فأسلمن وتخلقت الحرة، واختار واحدة من الإماء، ثم ماتت المتخلقة أو أصرت، فإن صحة الاختيار تنبني على وقف العقود؛ لأنها لو أسلمت لبطل اختياره؛ لاندفاع نكاح الإماء، وهو أولى بالصحة من العقود؛ لأنه ليس ابتداء عقد.

نعم، لو أسلمت امرأة، وتخلت الزوج، ونكح أختها، ثم أسلم وأسلمت بخير بينهما؛

لأنه جرى في حالة الشرك.

ولو أسلم أولاً، ونكح أخت المتخلفة، وأسلمت المتخلفة: بطل النكاح الذي جرى في الإسلام؛ لأنها طارئة بعد الإسلام. فلو أصرت المتخلفة، اتبني صحة نكاح الأخرى على القولين فيما لو باع مال أبيه، ولم يدر أنه ميت، فإذا هو ميت.

فأما إذا أسلمت وعتقت، وأجازت قبل إسلام الزوج، بطلت الإجازة، وبقي حقها في الفسخ؛ إذ ليس لها للمقام تحت كافر، فلا حكم لإجازتها في الحال.

ولو عتقت الرجعية وفسخت، نفذ. وإن أجازت فوجهان. والفرق: أن إجازتها تفيد الزوج سلطان الرجعة، وهو من مقاصد النكاح. ولا يمكن أن يقال: إجازتها تحت الكافر تفيد سلطان الإسلام؛ فإن ذلك لا يستفاد من الغير.



الفصل الرابع^(١) في الاختيار وحكمه

والكلام في طرفين:

أحدهما: في وجوب الاختيار. فإذا أسلم على ثمانية مثلاً، فعليه تعيين أربعة، فإن امتنع، فعليه الإنفاق على الجميع في مدة الحبس، وللقاضي أن يحبس لهيعين، فإن أصر عزره^(٢)، وكذا كل قادر على أداء حق إذا أصر ولم ينجع فيه الحبس فينبغي أن يعزر.

ومهل الزوج ثلاثة أيام للنظر والتأمل، ولا يختار القاضي عنه إذا أصر، وإن قلنا في قول: إن القاضي يطلق زوجة المولى^(٣)؛ لأن هذا أمر منوط بالرؤية ولا يقبل النيابة.

ولو مات قبل التعين، فعلى كل واحدة الاعتداد بأقصى الأجلين؛ للاحتياط، ويوقف لهن من الميراث الربع أو الثمن كاملاً إلى أن يصطلحن، وإن كان فيهن طفلة: لم يرض وليها إلا بربع الموقوف.

ولو جاءت أربع منهن، لم نسلم إليهن شيئاً؛ فلعلهن المفارقات. وإن جاءت خمسة، سلمنا إليهن ربع الموقوف؛ لأنه المستيقن، ولا نزيد في التسليم على المستيقن. وحكى عن ابن سريج أنه قال: يوزع على جميعهن بالسوية؛ إذ التوقف عند انتظار البيان، أو عند اختصاص البعض بفرقة اشتبهت علينا، كما إذا قال: إن كان هذا غراباً فعمرة

(١) في الأصل «الفصل الخامس» وهو خطأ، وأثبت الصواب كالعادة من أصل آخر بالمقابلة مع ط/ دار السلام.

(٢) [عزّره] أدبه بما دون الحد. وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه.

(٣) للمولى: الخائف. وسيأتي.

طالق، وإن لم يكن فزنب طالق، فإن المطلقة في علم الله واحدة، واشتبهت علينا، وهامنا هن متماثلات قطعاً. وهذا متجه جداً.

فروع: لو أسلم على ثمان كتابيات، وأسلمت أربع: فيختار من شاء من لكتابيات أو المسلمات. فلو مات قبل البيان، لا نقف لهن شيئاً من الميراث؛ إذ كان يحتمل أن يختار الكتابيات فلا يرثن ولا يرث الجميع، فلم يحصل حق الزوجية بتعيين.

ولو نكح مسلمة وكتابية، وقال: «إحداكما طالق» ومات قبل البيان لا نقف أيضاً شيئاً؛ للشك في أصل الحق.

الطرف الثاني: في ألفاظ الاختيار. وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال: «اخترت هذه الأربع للزوجية» تعينت الباقيات للفسخ. ولو قال: «اخترت هذه للفسخ» أو «هذه للفسخ» دون لفظ الاختيار نفذ. ولو كن ثمانية، فطلق أربعاً منهن، فهو تعيين للنكاح ونفذ الطلاق، واندفعت الأخريات بالفسخ. وليس لفظ «الإيلاء» و«الظهار» كلفظ الطلاق؛ فإن ذلك مما يخاطب به الأجنبية والأزواج جميعاً. ولو قال: «فسخت نكاح هذه الأربعة»، وفسر التعيين بالفراق: نفذ، ولو فسر بالطلاق: قبل، ومطلقه يحمل على التعيين للفراق.

الثانية: لو قال: «من دخل الدار فقد اخترتها للنكاح»: لم يصح؛ لأن الاختيار لا يقبل التعليق. ولو قال: «هي طالق» نفذ الطلاق وحصل الاختيار ضمناً. ولو قال: «فهى مفسوخة النكاح» وأراد الفراق: لم ينفذ، وإن فسر بالطلاق نفذ الطلاق، وحصل التعيين ضمناً.

الثالثة: لو وطء واحدة، هل يكون تعييناً للنكاح؟ فيه خلاف، كما لو قال: إحداكما طالق، ثم وطء إحدهما.

الرابعة: إذا أسلمت أربع، وتحلفت أربع، فاخترت المسلمات: نفذ، واندفعت المتخلفات. وإن فسخ نكاح المسلمات والمتخلفات وثبات لم ينفذ، لأن من ضرورته تقرير نكاح الوثنيات، وربما أصررن فيتعذر ذلك، وفائدته أنهن إذا أسلمن، استأنفن اختيار من شاء منهن. وفيه وجه: أنه ينشئ على الوقف، فإن أصررن تبين بصلاد فسخه، وإن أسلمن نفذ، وليس هذا كما لو باع حمراً، فإنه لا يصير موقوفاً على أن يصير خلا، لأن الخمر لا يقبل العقد ومهما أسلمت الوثنيات كان العقد. مستند إلى ما سبق. وإن اختار المتخلفات للفسخ، نفذ قطعاً، لأن التقرير يلائم المسلمات. وإن

اختار المتخلفات للنكاح، لم ينفذ إلا على وجه الوقف. وهو بعيد.

نعم، لو طلقهن ثم أسلمن، فهل تتبين نفوذ الطلاق؟ فيه خلاف ظاهر؛ لأن لطلاق يقبل التعليق، فلا يبعد فيه الوقف أيضا.

الخامسة: لو قال: «حصرت المختارات في ست»: صح، وتعين الباقيات للفسخ إلى أن يتم الاختيار.

السادسة: لو أسلمت الثمانية على ترادف، وكان يخاطب كل مسلمة بالفسخ: تعين للفراق الأربعة الأخيرة؛ فإن المسلمات السابقات يمكن فيهن التقرير. وعلى لوجه البعيد: يتعين للفراق الأربعة الأولى بطريق الوقف.

الفصل الخامس في النفقة والمهر

فنقول: إن أسلم الزوج أولا، وتخلفت وأصرت، فلا نفقة لها في مدة العدة؛ لأنها بائنة، وقد أساءت بالتخلف. ولو أسلمت قبل انقضاء العدة، فالجديد: أنها لا تستحق النفقة لمدة التخلف؛ لأنها ناشئة بالتخلف. وفي القديم: تستحق؛ لأنها ما أحدثت شيئا، إنما الزوج أحدث تبديل الدين. وهذا ضعيف؛ إذ لو ابتدأ الرجل سفره، فتخلفت: تسقط نفقتها؛ إذ يجب عليها الموافقة، فكذلك في الإسلام. لكن هذه مواخذة بحكم الإسلام، فيجوز أن لا تؤخذ به هاهنا.

فأما إذا سبقت المرأة ثم أسلم قبل انقضاء العدة، فالمذهب أنها تستحق النفقة؛ لأنها أحسنت بالإسلام. وفيه وجه بعيد: أنها لا تستحق؛ لأنها أحدثت شيئا مانعا من الاستمتاع. ولو أصر الزوج فوجهان. والقياس أنها لا تستحق؛ لأنها بائنة.

قال القاضي: مأخذ التردد أنها، هل هي كالرجعية؛ إذ الزوج قادر على تقرير النكاح عليها؟ وهذا بعيد؛ لأننا نتبين بينونتها. وكذلك لو طلقها وأصر، لم ينفذ بخلاف الرجعية.

ثم إن صح هذا القياس، فلو سبق الرجل، وتخلفت المرأة فلم يبق للزوج عليها قدرة، فينبغي أن تلحق بالبائنة قطعا.

فرعان في الاختلاف:

أحدهما: إذا قضينا بأنها لا تستحق النفقة في مدة التخلف. فلو تنازعا، فقال: تخلفت عنى عشرين يوما، وقالت: بل عشرة، فالقول قوله؛ إذ ثبت النشوز فعليها إثبات الزوال.

ولو تنازعا في المسق فقال: سبقت، وسقط حقه مدة التخلف، وقالت: بل سبقت

أنا، فالقول قولها؛ لأن النفقة ثابتة، فعليه إثبات المسقط إلا إذا اتفقا على أن إسلامه كان أول الاثنين، فقال الرجل: «أسلمت بعدى»، وقالت: بل قبلك، فالقول قوله؛ لأن الأصل استمرارها على الكفر.

الثاني: لو قالت: أسلمت أنت أولاً قبل المسيس، ولى نصف المهر، وقال: بل أسلمت أنت أولاً ولا مهر لك، فالقول قولها؛ لأن الأصل ثبوت المهر.

ولو تنازعا فى بقاء النكاح، فقال: أسلمنا معا، والنكاح باق. وقالت: بل على التعاقب، فالأصل بقاء النكاح، ولكن التوافق فى الإسلام نادر، فيبنى على أن المدعى، من الظاهر معه وهى المرأة هاهنا، أو من لا يخلو وسكوته، وهو الرجل؟ وفيه قولان.

* * *

القسم الرابع من الكتاب فى موجبات الخيار

وأسابب الخيار أربعة: العيب. والغرور. والعتق. والعنة.

السبب الأول العيوب

والنظر فى الموجب والموجب:

النظر الأول: فى الموجب: والعيوب المتفق على ثبوت الخيار بها، خمسة:

اثنان يختص بهما الزوج: وهو الجبُّ والعنة. واثنان تختص بهما المرأة: وهو الرتق والقرن^(١). وثلاثة مشتركة بينهما وهو البرص المستحكم الذى لا يقبل الإصلاح دون أوائل الوضع والجذام^(٢) المستحكم الذى سود العضو، وأخذ فى التقطيع، والجنون، ولا يعتبر فى الجنون أن لا يقبل العلاج.

والجب الثابت للخيار، هو الاستتصال، بحيث يكون الباقي أقل من الحشفة، فلا يثبت

(١) سبق تعريف [الجب] وهو مقطوع الذكر. [القرن] وهو العاجز عن الجماع لمرض أو لسحر أو كبر سن أو غير ذلك. [الرتق] وهو انسداد فى المرأة فلا تؤتى. أما [القرن] فله معان عدة فهو يعنى جمع الشيء بالشيء، أو التقاء الطرف بالطرف كالتقاء طرفي الحاجبين، ويعنى التصاق الشيء بشيء آخر [والقرن] يعنى أيضا الحبل. انظر المعجم الوسيط (٧٣١، ٧٣٠/٢)

(٢) [الجذام]: داءٌ أو علة تحدث من انتشار السوداء فى البدن كله، فيفسد مزاج الأعضاء، وهياتها، وربما انتهى إلى تآكل الأعضاء وسقوطها عن تقوُّح. [جذم]: أصابة الجذام. فهو أجذم.

انظر: للمصباح المنير (١٤٨/١)، القاموس المحيط (١٤٨/١)، المعجم الوسيط (١١٣/١)، تصحيح التنبيه (ص ١٠٥).

الخيار يقطع البعض.

واختلفوا في ثلاثة أمور:

أحدها: أن البخر^(١) والصنان والعذبوط الذي لا يقبل العلاج، هل يرد بالعيب؟ المشهور أنه لا يرد. ولا يزداد على الخمس. وعن زاهر السرخسي أنه أثبت بهذه الثلاث، وزاد القاضي حسين على هذا، وقال: لا توقيف ولا حصر. والمتبع: كل عيب يكسر شهوة التوافق فيتعذر الاستمتاع به، إذ لو اعتبر امتناع الاستمتاع لاقتصر على الرتق والقرن. وقال: قد تجتمع عيوب، أحادها لا يثبت، ولكن مجموعها ينفر؛ فيثبت الخيار به. ولعل ذلك يجري في كل ما يؤثر في التنفير تأثير الجذام والبرص.

الثاني: لو كان أحد الزوجين خثي، ففي ثبوت الخيار أربعة أوجه:

أحدهما: نعم؛ لأنه عيب منفر فاحش. والثاني: لا؛ إذ ليس فيه إلا زيادة ثقبه في الرجل، وزيادة سلعة في المرأة.

والثالث: أنه إن انكشف الخال بعلامة محسوسة تورث اليقين، فلا يرد، وإن كان بعلامة مظنونة، يرد؛ لما فيه من الخطر.

والرابع: أنه لا يرد ما يثبت بعلامة أيضاً، بل ما لم يثبت إلا بالإقرار.

الثالث: أن العيب المثبت للخيار، إنما يثبت من الجانبين لو كان مقارناً للعقد، فلو طرأ قبل المسيس ثبت الخيار لها. فإن كان بعده فوجهان إلا في العنة؛ فإنها إن طرأت بعد الوطء، لم يثبت الخيار؛ لأن اليأس لا يحصل.

وهل يثبت الخيار له إذا طرأ العيب عليها؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزنى أنه يثبت؛ إذ لا يفارقها إلا في التمكن من الطلاق، وهو جار في المقارن أيضاً، ثم استويا. والثاني: لا يثبت؛ لأن العقد سليم أولاً، وهو قادر على الطلاق، والمرأة مضطرة لأجل التحصن.

(١) [البخر] [بخر] التَم - بخرًا: أنتنت ريحه. فهو أبخر، وهي بخراء جمع: بخر.

[الصنان]: التَّنُّ. والريح الكريهة.

[العذبوط]: هو الرجل الذي يحدث عند الجماع، والاسم: العذبطة. والمرأة: عذبوسة. والرجل: عذبوط وعظبوط.

انظر: للمعجم الوسيط (٤١/١، ٥٢٦/١)، لسان العرب (٢٨٦٠/٤)، القاموس المحيط (ص ٨٧٤)، للمصباح المنير (٦١٠/٢)، روضة الطالبين (١٧٧/٧).

وأما أولياء المرأة فلا يثبت لهم الخيار بالعيوب الطارئة. وهل يثبت بالمقارن. ينظر: إن كان فيه عار ثبت كالجنون؛ فإن العار لا يتقاصر عن عار الحرفة الدينية.

والفسق وإن لم يكن عار فلا يثبت، كالجلب والعنة وهل يثبت بالبرص والجذام؟ فيه وجهان، ومنهم من أثبت في الجميع وقال: في الجميع عار عليهم.

النظر الثاني: في حكم الخيار. وهو على الفور. ثم إن فسخت قبل المسيس سقط المهر، وكذلك إن فسخ الزوج بعيها، بخلاف ما إذا ارتد، فإنه يتشطر المهر؛ لأن الفسخ وإن كان من جهته فسيبه عيب من جهتها، فيحال عليها. وإن فسخت بعد المسيس فعليها العدة.

والنظر في: المهر، والرجوع به، والنفقة في العدة:

أما المهر فساقط، والرجوع إلى مهر المثل؛ لأن مقتضى الفسخ تراد العوضين. لكن نص الشافعي رضي الله عنه في الردة بعد المسيس أن المسمى يتقرر؛ لأن الفسخ به لا يستند إلى أصل العقد، فلا يدفع المهر المسمى عند العقد. ونص فيما إذا كان العيب مقارنا: أنه يسقط المسمى، فقولان في المسألتين بالنقل والتخريج:

أحدهما: أنه يسقط المسمى فيهما؛ لأنه مقتضى الفسخ. والثاني: يتقرر؛ لأنه إذا لم يكن بد من مهر المثل، فالمسمى أولى.

فإن فرعنا على النص، وأسقطنا المسمى وكان العيب طارئاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: السقوط؛ كالمقارن. والثاني: التقرير؛ لأن الخلل لم يستند إلى أول العقد. والثالث: أنه يسقط إلا إذا طرأ بعد المسيس؛ لأن الوطء إذا جرى على السلامة فينبغي أن يقرر المهر.

أما الرجوع بالمهر على الولي، فغير ثابت قطعاً إن كان العيب طارئاً. وإن كان مقارناً فقولان:

أقيسهما: أنه لا رجوع؛ إذ هو كوكيل عاقد، سكت عن ذكر العيب؛ إذ ليس يقع العقد له.

والثاني: وهو مذهب عمر رضي الله عنه أنه يرجع؛ لأنه كالغار.

ثم اختلفوا: هل يشترط أن يكون الولي محرماً، حتى يكون خبيراً بالتواطؤ؟ فلا يعذر في الإخفاء؟.

وهل يشترط علمه حالة العقد لثبوت تقصيره؟ فمنهم من شرط ذلك؛ ومنهم من رآه مقصراً بكل حال.

فإذا جعلناه مغروراً، وكانت هي الغارة ففائدته سقوط المهر؛ إذ كيف يغرم لها، ثم يرجع عليها؟! ولكن قيل: لا بد وأن يسلم إليها أقل ما يتمول تعبدًا. وقيل: إن ذلك القدر هي الغارة به، فيسقط؛ إذ لا معنى للتسليم إليها، ثم الاسترداد منها.

أما النفقة والسكنى: فلا تثبت لها إن كانت حائلاً^(١)، وسقوط السكنى كسقوط المهر وإن كانت حائلاً، فلها النفقة على قولنا: النفقة للحمل؛ فإن لوازم النكاح ساقطة عند الفسخ.

السبب الثاني للخيار الغرور^(٢)

وفيه نظران:

الأول: في حكم الغرور، وصورته

فنقول: إذا قال العاقد: «زوجتك هذه المسلمة»، فإذا هي كتابية، أو «هذه القرشية»، فإذا هي نبطية^(٣)، أو «هذه الحرة»، فإذا هي أمة، أو ما يجري مجراه مما يقصد في النكاح: ففي انعقاد العقد قولان كقولين فيما إذا قال: «بعتك هذه الرملة»^(٤)، فإذا هي نعمة. الأصح هاهنا الصحة؛ لأن هذا تفاوت في الصفة بعد تعيين المقصود، وذلك تفاوت في الجنس.

فإن قلنا: يصح، فهل يثبت خيار الخلف كما في البيع؟ فيه قولان:

أحدهما: القياس على البيع.

(١) [الحائل]: المتغير. والحائل: الأثني من ولد الناقة ساعة تولد. و[الحائل] كل أنثى لا تحبل. يقال: امرأة حائل، وناقة حائل، ونخلة حائل جمع: حُول، وحُول، وحيال، انظر: المعجم الوسيط (٢٠٩/١).

(٢) [الغرور]: كل ما غرَّ الإنسان من مال، أو جاه، أو شهوة، أو إنسان، أو شيطان. وفي التبريل العزيز: «وغرَّكم بالله الغرور»، انظر: المعجم الوسيط (٦٤٩/٢).

(٣) [الأنباط]: شعب سامي، كانت له دولة في شمال شبه الجزيرة العربية، وعاصمتهم سُلُع. وتعرف اليوم [بالبتراء]. [والأنباط]: المشتغلون بالزراعة. واستعمل أخيراً في أحطاط الناس من غير العرب، انظر: المعجم الوسيط (٨٩٨/٢).

(٤) [الرَّمْلَة]: الرَّمْلَة: الفرس البرذونة تُتخذ للنسل، انظر: المعجم الوسيط (٣٧٣/١).

والثالثي: الفرق؛ لاقتراحهما في خيار الرؤية والشرط وغيره^(١). وكذلك إذا غرت المرأة بنسبه أو حرته، جرى الخلاف في انعقاد العقد، ثم في ثبوت خيار الخلف. لكن إن قلنا: لا يثبت خيار الخلف، فلها الخيار؛ بسبب قووات النسب إذا لم يكن الزوج كفؤها، وكذلك للأولياء الخيار إن رضيت بمن هو دونها، وكأن للشرط مدخلا أيضا في التأثير؛ لأنه لو زوجها الولي برضاها من مجهول، فإذا هو غير كفؤ، فلا خيار؛ لأن هذا ليس بعيب، وإنما هو قووات منقبة، ولم يجر شرط، والولي هو المقصر؛ إذ لم يقدم البحث. فكأنه إذا جرى شرط، أثر في نفى التقصير من جهة الولي، والتحقق عدم الكفاءة بالعيب في إثبات الخيار لها وللولي.

ولو نكح مجهولة ظنها مسلمة فإذا هي كناية؟ قال الشافعي رضى الله عنه: «له الخيار». ولو ظنها حرة فإذا هي رقيقة؟ قال: «لا خيار له». فقيل: قولان بالنقل والتخريج، مأخذهما: أن الكفر والرق، هل يلتحق بالعيوب الخمس؟ ومنهم من فرق وقال: الكفر منفر، فهو عيب وإن لم يجر شرط، والرق غير منفر. فهذا تقرير النصين. ومنهم من قرر النص، ولكن قال: مأخذه: أن الكناية تتميز عن المسلمة؛ إذ وليها كافر، فلا تشبه إلا بتبليس، فمأخذه الغرور. وكأنه حصل الغرور بمجرد الفعل من غير قول.

وأنا أقول: إن أمكن أن يجعل هذا تغريراً مثبتاً للخيار، فلو نكحها وظن بكارتها، فإذا هي ثيب، لم يعد إثبات الخيار؛ لأن النفرة هاهنا أعظم، وكثيراً ما يقع هذا في الفتاوى.

أما إذا شرط بكارتها في العقد، فيجوز قولاً بالانعقاد وقولاً بخيار الخلف.

وكل تغريز سابق على العقد، فلا يؤثر في صحة العقد، ويؤثر في إثبات الرجوع بالمهر؛ لأن قول الرجوع بالمهر على الغار قوي هاهنا، بخلاف مذهب عمر رضى الله عنه في الرجوع بسبب عدم ذكر العيوب.

(١) أى أن النكاح يفترق عن البيع في الخيار الذي فيه اشتراط للمشتري في المبيع شيئاً فإن لم يحده رده، ويفترق عن بيع خيار الرؤية، ويبيع يتم في غياب السلعة بشرط أن يتوقف فساد البيع على رؤية للمشتري، فإن لم يجد فيه قبولاً بعد الرؤية رده. ويختلف عن بيع خيار الشرط، وهو أن يكون لكل من المتعاقدين حق إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة، إذا شرط ذلك في العقد، وذلك في البيوع التي لا ربا فيها.

وفترق النكاح عن هذه البيوع الصحيحة فالتكاح بهذه الصور لا يتعقد، وإن انعقد يطل بهذه الصور.

النظر الثاني في حكم الولد إذا جرى التغيرير بالرق:

وله أحكام:

الأول: أنه إذا غر بجرية أمة، فأحببها، انعقد الولد على الحرية؛ لظنه الحرية، سواء كان الزوج حراً أو عبداً؛ لأن العبد يساوى الحر في الظن. وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينعقد ولد العبد رقيقاً دون الحر.

الثاني: أنه يجب قيمة الولد على الزوج لسيد الأمة؛ لأن الرق في الأم يوجب رق الولد واندفاعه بظنه فهو التسبب في عتقه. وإنما تجب قيمته، إذا انفصل حياً باعتبار يوم الانفصال. ولو انفصل ميتاً، لا يجناية جان: فلا شيء عليه؛ لأنه لا يمكن اعتبار قيمته قبل الانفصال، وهو في الحال لا قيمة له.

الثالث: أنه إذا غرم، رجع به على الغار قولاً واحداً؛ قضى بالرجوع بقيمة الولد عمر رضى الله عنه ووافقه العلماء.

وأما المهر، ففي الرجوع به قولان؛ لأن البضع فات بالمباشرة، فلا يبعد أن يقدم على سبب الغرور. وأما رق الولد، ففات بظنه، وهو سبب منشؤه قول الغار، فكان السبب الأول أولى بالاعتبار.

الرابع: أنه لا يرجع ما لم يغرّم، كالضامن، لا يرجع على المضمون عنه ما لم يغرّم، وكذلك الدية المضروبة على العاقلة^(١) بشهادة الشهود إذا رجعوا يغرّمونها، ثم يرجعون على الشهود.

الخامس: في محل الغرم ومتعلقه. وهو الذمة إن كان الزوج حراً، وإن كان عبداً فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يتعلق بكسبه؛ لأنه من لوازم النكاح، كالنفقة والمهر.

والثاني: برقبته؛ لأن النكاح لا يقتضى قيمة الولد، وهو نتيجة إتلافه.

والثالث: يتعلق بذمته؛ فإنه ليس جانبا، ولا وجوبه مقتضى النكاح، بل هو مقتضى ظنه، فصار كما لو لزم بضمانه.

وعلى هذا، يرجع على الغار بعد العتق؛ لأنه يغرّم بعد العتق. وعلى القولين الآخرين: يرجع السيد مهما غرم من كسبه أو رقبته.

(١) [العاقلة] جمع: عاقل: وهو ذافع الدية، وعاقلة الرجل: عصيته، وهم القرابة من جهة الأب الذين يشتركون في دفع الدية، انظر: المعجم الوسيط (٦١٦/٢).

وأما المهر، فيتعلق بكسبه مهما جرى الفسخ بخيار الغرور إن أوجبنا لمسمى. وإن رجعنا إلى مهر المثل ففيه الأقوال الثلاثة المذكورة فيما إذا أذن له في النكاح. فنكح نكاحاً فاسداً ووطء، فتعلق مهر المثل هاهنا بكسبه أظهر؛ لأنه وجب بحكم نكاح صحيح.

السادس: في الرجوع عليه. وهو وكيل السيد إذا زوج؛ لأنه لا يتصور الغرور من السيد؛ لأنه لو قال: «زوجتك هذه الحرة»: عتقت.

أما إذا كانت الغارة هي الأمة نفسها، تعلق العهدة بذمتها، لا بكسبها ورقبتها؛ لأنها ليست مأذونة، ولا جانية، بل تلفظت بلفظ فيلزمها العهدة.

فإن كانت مكاتبة، فارقت الأمة في شيئين:

أحدهما: أنه لا مهر لها؛ لأنها مستحقة المهر، فكيف يغرم لها ويرجع عليها؟! نعم، تعطى قدر ما يتمول على وجه كما سبق.

والثاني: أنا إذا قلنا: ولد المكاتبة قين^(١)، فتجب قيمته كما في الأمة. وإن قلنا: مكاتب، فهي مستحقة القيمة؛ فلا يغرم لها؛ إذ عليها الرجوع؛ فإنها الغارة.

وإن كان الغرور من الأمة ومن وكيل السيد جميعاً، فوجهان:

أحدهما: أنه يرجع على أيهما شاء؛ إذ كل واحد باشر سبباً كاملاً من الغرور لو انفرد به.

والثاني: أنه يرجع على كل واحد بالنصف؛ لاشتراكهما في السبب.

فرع: إذا انفصل الولد ميتاً بجنابة جان، فعلى الجاني غرة عبد أو أمة تصرف إلى أب الجنين وجدته بطريق الإرث، ولا يمكن للجنين وارث مع الأب سوى الجدة أم الأم.

وما الذي يغرم للسيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار القاضى أنه يغرم للسيد عشر قيمة الأم، فإن هذا القدر هو الذي فات عليه بظنه.

(١) [القين]: العبد الذي كان أبوه مملوكاً لمواليه. ويقال: قين بين القنانة والقنونة: خالص العبودة. أمّا إذا لم يكن كذلك فهو عبد مملوك.

يطلق بلفظ واحد للمذكر والمؤنث، والمفرد والجمع. وقد يجمع على أفنان، وأفة.

انظر: المعجم الوسيط (٧٦٣/٢).

والثاني: أنه يغرم أقل الأمرين من قيمة الغرة التي سلمت له، أو عشر قيمة الأم؛ فإنه إن كان قيمة الغرة أقل، فكيف يضمن زيادة، والولد الميث لا ضمان له؟! وإنما لزم الضمان بسبب حصول هذا القدر بسبب الجناية، ولو زادت الغرة، فالتزادة لمغرور، فإنه زاد بسبب حرية الولد.

التفريع: إن أوجبنا العشر، فهو واجب من غير تفصيل. وإن أوجبنا الأقل، فينظر إلى قدر ما سلم له. فإن كان معه جدة لم يحسب عليه إلا خمسة أسداس الغرة، ولا يغرم أيضاً ما لم يسلم إليه.

وهذا إن كان الجاني أجنبياً، ووراءه أحوال: وهو أن يكون الجاني هو السيد، أو المغرور، أو عبد المغرور.

فإن كان هو السيد، غرم عاقلته لورثة الجنين الغرة، وغرم المغرور له العشر أو أقل الأمرين على ما سبق. ويحتمل أن يقال: لا يغرم المغرور شيئاً؛ إذ كان سبب غرمه أنه فات بظنه، والآن قد فات بجناية السيد، ولكن يمكن أن يقال: لما غرم العاقلة انمحي أثر جنائته، وقد انفصل مضموناً فلا يهدر في حقه.

وإن كان الجاني هو المغرور، وجب الدية على عاقلته لبقية الورثة دونه؛ فإنه حجب نفسه عن الإرث بجنايته، ووجب عليه الغرم للسيد إن أوجبنا العشر. وإن لاحظنا الغرة، فكيف نلزمه شيئاً ولا نسلم له الغرة؟! قال الأصحاب: الوجه أن يقال: قدر العشر من الغرة للسيد، والباقي للورثة؛ فإن تغريمه من غير تسليم شيء إليه على المذهب الذي يلاحظ الغرة بعيد.

وعندي أن تلك غير بعيد؛ لأن ما صرف عن نفسه بجنايته كأنه استوفاه، وهو كما لو أخذ الغرة وأتلفها.

وإن كان الجاني عبد المغرور، تعلق حصة بقية الورثة برقبته. وأما حصته فلا يمكن أن تتعلق برقبة عبده، فكأنه استوفاه، ولا يجعل ذلك كالساقط بحرمانه عن الميراث؛ لأن حقه كالثابت هاهنا تقديراً.

السبب الثالث للخيار العتق

وفيه مسائل:

الأولى: أنها إن عتقت تحت حر فلا خيار لها. وإن عتقت تحت عبد قلها الخيار؛ لما

روى أن «بريرة» عتقت تحت عبد، فخيرها رسول الله ﷺ^(١). وإنما يثبت لها الخيار إذا عتق جميعها، فلو عتق بعضها لم تنخير. ولو عتقت بكمالها تحت من نصفه حر ونصفه رقيق: تخيرت؛ لحصول الضرر.

ولا خيار بسبب طرآن الاستيلاد والكتابة قبل حصول العتق.

الثانية: لو عتقت، ثم عتق الزوج قبل علمها، ففي ثبوت الخيار وجهان كالوجهين فيما إذا علم بالغيب بعد زواله.

الثالثة: إذا طلقها الزوج قبل الفسخ طلاقاً رجعيًا، فلها الفسخ. فإن فسخت، فهل تستأنف عدة أخرى؟ فيه خلاف. وإن أجازت، لم تصح إجازتها؛ لأنها تفيد حلاً، وهي صائرة إلى البينة، ولا يخرج على وقف العقود؛ بل هو كما لو باع حمراً فصار حلاً. وفيه وجه بعيد أنه يُخرج على الوقف.

وإن كان الطلاق بائناً، فلا معنى لإجازتها، ولا لفسخها. ونقل المرنى أنه ينفذ فسخها، وتبين بطلان الطلاق، وكأن حقها كان قويا في الفسخ، فليس للزوج إبطاله بالطلاق.

الرابعة: إذا عتق الزوج وتحت أمة، فلا خيار له؛ لأن الخبر ورد فيها، وليست المرأة كالرجل في هذا المعنى. وذكر العراقيون وجهًا: أنه يثبت الخيار له قياسًا؛ لأننا ألحقنا رق الزوج بالعيوب حتى يثبت لها الخيار، وقد ثبت استواء الزوجين في العيوب.

الخامسة: أن هذا الخيار، على الفور أم لا؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه على الفور، كخيار الغيب في البيع.

والثاني: على التراخي، حتى لا يسقط إلا بإسقاط أو تمكين من الوطاء مع جريان الوطاء؛ لأن البيع لا يقصد منه إلا المالية، ويدرك على الفور فواته بالغيب، ومقاصد

(١) عتق بريرة وتخيرها رضى الله عنها من حديث عائشة رضى الله عنها قالت: [كانت في بريرة ثلاث سنن: عتقت فخيرت] أخرجه البخارى (ح ٥٠٩٧)، مسلم (العتق ١٥٠، ١٤٨، ٦٠٥)، أبو داود (العتق ب ٢) / الترمذى (٢١٢٤)، النسائى (الطلاق ب ٣٠، ب ٣١، البيوع ب ٧٨، ب ٨٥، ب ٨٦)، أحمد (٢/ ١٠٠، ٣٣، ٤٦، ٨٢، ١٣٥، ١٧٠، ١٧٢، ١٨٠، ١٩٠)، الدارمى (١٦٩/٢)، البيهقى (٣٣٨/٥، ٣٣٨/٧، ٢٢٤/٧، ٢٤٩، ٢٤٨، ١٠٠/١، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٢٨، ٣٣٦، ٣٣٨، ٣٣٧)، الطبرانى (٢٨٣/١١)، ابن عبد البر فى التمهيد (٤٩١/٦)، ابن حجر فى فتح البارى (٣٦٩/٤، ١٨٥/٥، ١٨٨، ١٩٠، ٣٢٦، ٣٧٦، ٢٧٠/٩، ٤١٠، ٥٥٦، ٤٨/١٢)، ابن عدى فى الكامل (١٤٨٢).

النكاح كثيرة، تفتقر إلى التروى، ثم لا يمكن إدامته مع جريان الوطاء وعلى التأيد، فيسقط بالإسقاط أو الوطاء.

والثالث: أنه يتمادى ثلاثة أيام، ويكفى ذلك مهلة للتروى.

والظاهر: أن خيار العيب فى النكاح على الفور، وقد حكى وجه فى طرد الأقوال فيه، وهو غريب ومنقاس؛ إذ الفرق عسير، وغايته: أن الأمة لم تطلع من حال أمر الزوج على أمر جديد حتى تدرك على الفور مصلحته، فيفتقر إلى التروى بخلاف ما إذا اطلع على عيب لم يعرفه.

التفريع: لو وطئها العبد، فادعت الجهل؟ نقل المزنى قولين فمنهم من قال: يقبل، ومنهم من قال: لا يقبل.

فمنهم من قال: أراد ما إذا ادعت الجهل بعقتها، أما إذا ادعت الجهل بثبوت الخيار، فيقبل. ومنهم من قال: أراد إذا ادعت الجهل بثبوت الخيار شرعاً؛ لأنها لا تُعذر على قول، كما لو ادعى المشتري الجهل بخيار العيب. وتُعذر على قول؛ لأن ذلك شائع، وهذا قد يخفى.

أما إذا ادعت الجهل بعقتها، فيقبل؛ لأنه لا تقصير منها أصلاً. وأما إذا ادعت الجهل بأن الخيار على الفور، فلا تُعذر. ولو ادعت الجهل بخيار البرص والعيوب، فينبغى أن يخرج على القولين؛ لأنه فى مظنة الالتباس.

السادسة: إذا عتقت قبل المسيس وفسخت، سقط كمال المهر؛ لأن الفسخ حصل بسببها، ولم يستند إلى عيب فى الزوج.

وإن فسخت بعد المسيس، قطعوا بأن المسمى لا يسقط، ولم يطردوا القول المخرج هاهنا، ووجهه: أن المهر هاهنا للسيد، وقد استقر بالوطء؛ فلا يظهر أثر فسخها فى استرداد المهر منه، وقد أحسن إليها إذ أعتقها.

السبب الرابع العنة

والنظر فى أربعة أمور:

الأول: السبب: وهو امتناع الوقاع وحصول اليأس منه، يجب أو عنة. ومعنى «العنة» سقوط القوة الناشرة للألة. ولو حصل ذلك عرض مزمناً يدوم: ثبت الخيار أيضاً؛ إذ العنة مرض فى عضو مخصوص، وهذا فى جميع البدن.

والخصى، هل يلتحق بالمحبوب؟ فيه قولان؛ ولعل مأخذه، أنه يفوت به الولد دون المباشرة، والعنة الطارئة بعد الوطء لا تؤثر، قولا واحداً.

ولو عُنَّ عن امرأة دون أخرى ثبت الخيار. ولو عُنَّ عن المأني، وقدر على غير المأني: ثبت الخيار. ولو امتنع مع القدرة، فلا يثبت الخيار. ولكن، هل يثبت للمرأة المطالبة بوطأة واحدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يثبت؛ لأن داعيته كافية في الاستحاث. والثاني: تثبت المطالبة؛ لعنتين:

إحدهما: حصول أصل التحصن. والثانية: تقرير المهر.

وإنما لا تثبت المطالبة بكل حال؛ لأنه قد يفتر عن الوفاء بمطالبتها لو سلطت عليه؛ والمرأة لا تعجز عن التمكين.

فإن عللنا بتقرير المهر، لم تثبت المطالبة بعد الإبراء، ويثبت لسيد الأمة المطالبة دون الأمة؛ لأن المهر له. ومهما غيب مقدار الحشفة، سقطت المطالبة؛ فإنه وء كامل، في التحليل، والإحصان، والعدة، والغسل، والحد وغيرها.

النظر الثاني: في المدة. وإذا ثبت عنته، إما بإقراره أو بمينها بعد نكوله: ضربت المدة سنة؛ حتى تتكرر عليه الفصول الأربعة؛ فربما يتغير الطبع. فلو قال: مارست نفسي، وأنا عنين؛ فلا تضربوا لي المدة، فلا نبأ بقوله، بل لا بد من المدة.

ولا يتصور أن تثبت العنة بشهادة؛ لأنه لا مطلع عليها. نعم القول قوله إذا أنكر العنة، فإن نكل حلفت؛ لأنها يقرائن الأحوال بعد الممارسة تعلم. وقال أبو إسحاق: لا تخلف؛ لأنها لا تعلم، كما لا يشهد الشاهد. وهو بعيد، بل إذا تنازعا في نية الطلاق فنكل قضى الشافعي رضي الله عنه برد اليمين عليها، مع أن النية غيب، فهذا أولى.

وإذا حلف الرجل على أنه ليس بعنين، تركناه ولم نطالبه بإقامة البرهان بالإقدام على الوطء، إلا إذا قلنا: لها المطالبة بوطأة واحدة، فذلك يثبت أيضاً في حق غير العنين.

والعنة بعد الوطء لا توجب الخيار؛ لأنه إذا قدر مرة، فربما تعود القدرة.

ثم إذا أقر أو حلفت، لم تضرب المدة إلا بالتماسها، فإن سكنت لم تضرب. وتستوى مدة الحر والعبد؛ لأن هذا أمر يتعلق بالطبع.

فإن مضت المدة، ولم يجر وطء بالاتفاق رفعت الأمر إلى القاضي؛ فإن له نظراً في دعواه الإصابة، فإذا قضى عليه بالعنة، فسخت كما في الجب وسائر العيوب. وفيه

وجه: أن القاضى هو الذى يتعاطى الفسخ؛ لأن ظهور ذلك فى محل الاجتهاد.

ولا خلاف فى أن القاضى لا يطلق عليه، كما يفعل فى المؤلى على قول؛ لأن الإيلاء كان طلاقاً فى الجاهلية، فجعل موجبا للطلاق، وأما هذا، ففسخ كخيار لعيوب.

فرع: إنما تحسب المدة إذا لم تعتزل عنه فإن اعتزلت، لم تحسب. ولو اعتزل الزوج قصدا، حسب؛ لأنه لا يعجز عن المدافعة بذلك. ولو سافر فوجهان، الظاهر: أنه يحسب.

النظر الثالث: فى استيفاء الخيار. وهذا الفسخ فى الأحكام كالفسخ بالعيب فى أنه على الفور، وأنه إن رضيت، فلا اعتراض لولى. ولو رضيت، فلا عود إلى الطلب، بخلاف رضاها بالزوج المؤلى؛ فإن القدرة حاصلة، والتوقع ثم دائم، وأما ههنا فحصل اليأس.

وإن فسخت فى أثناء المدة: لم ينفذ. وإن رضيت، فهل ينفذ حتى يسقط حقها؟ قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يثبت الفسخ، والرضا فى مقابله، فلا يثبت قبله.
والثانى: نعم، لأنها تدعى المعرفة بالعنة.

ولو رضيت بعد المدة، فطلقها زوجها، ثم راجعها وكانت العدة وجبت باستدخال مائه لم يثبت لها المطالبة ثانيا. وإن أبانها، ثم جدد نكاحها، فقولان:

أحدهما: لا يعود؛ لأنها رضيت مرة. الثانى: نعم؛ لأنها ربما توقعت عود قوته؛ ولذلك لو وطئها فى النكاح الأول، وعُنَّ عنها فى النكاح الثانى: ثبت لها المطالبة. ولو عُنَّ عنها فى ذلك النكاح بعد الوطء: لم تطالب.

النظر الرابع: فى النزاع فى الإصابة. ومهما تنازعا، فالقول قول من ينكر الإصابة، إلا فى ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا تنازعا فى مدة العنة والإيلاء، فالقول قوله، وإن كان الأصل عدم الإصابة؛ لأنه يعسر عليه إقامة البينة. فإن أقامت البينة على بكارتها، رجعت إلى تصديقها وحلفناها؛ لاحتمال رجوع البكارة.

الثانى: إذا قالت: «طلقتى بعد المسيس، ولى كمال المهر» فأنكر: فالقول قوله، إلا إذا أتت بولد لزمان يحتمل أن يكون العلوق فى النكاح، فإنما تثبت النسب بالاحتمال،

ونقوى به جانب المرأة، فنجعل القول قولها.

فإن لاعن عن الولد استقر الظاهر في جانبه، فنرجع إلى القياس، وتصديقه بيمينه.
الثالث: إذا تنازعا في الوطء، مع التوافق على جريان الخلوة، قال بعض الأصحاب:
الخلوة تصدق من يدعى الوطء. والأصح: أن ذلك لا يؤثر في تغيير قانون التصديق.

القسم الخامس من الكتاب

في فصول متفرقة شذت عن هذه الضوابط

وهي ستة فصول:

الفصل الأول: فيما يستباح من الاستمتاع بالنكاح

فنقول: يحل للرجل جميع فنون الاستمتاع، ولا يستثنى عنه إلا كراهة في النظر إلى
الفرج، وتحريم مؤكد في الإتيان في الدبر^(١)، ونهى عن العزل على وجهه. والصحيح:

(١) قلت: هذا التحريم جاء من باب أن الأصل تحريم المباشرة إلا ما أحل الله بالعقد ولا يقاس عليه
غيره لعدم المشابهة في كونه مثله محلاً للزرع وأما تحليل الاستمتاع فيما عدا الفرج فهو مأخوذ
من دليل آخر.

والصحيح أنه لم يرد حديث صحيح يحرم إتيان المرأة في دبرها. قال الشوكاني
(٢٠٢، ٢٠١/٦)، في نيل الأوطار: «حكى ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال: لم يصح عن
رسول الله ﷺ في تحريمه ولا في تحليله شيء والقياس أنه حلال». وقد أخرجه عنه ابن أبي حاتم
في مناقب الشافعي وأخرجه الحاكم في مناقب الشافعي عن الأصم عنه.

وكذلك رواه الطحاوي عن ابن عبد الحكم عن الشافعي وروى الحاكم عن محمد بن عبد الله بن
عبد الحكم عن الشافعي أنه قال سألتني محمد بن الحسن فقلت له: إن كنت تريد المكابرة
وتصحیح الروايات وإن لم تصح فانت أعلم، وإن تكلمت بالمنصفة كلمتك قال: على المنصفة
قلت: فبأي شيء حرمته؟ قال: يقول الله عز وجل: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ وقال
﴿فَأْتُوا حُرُوكُمْ أُنَى شَتَمٍ﴾ والحُرث لا يكون إلا في الفرج.

قلت: - أي الشافعي أفيكون ذلك محرماً لما سواه؟ قال: نعم. قلت: فما تقول لو وطئها بين
ساقها أو أعكأها أو تحت إبطها أو أخذت ذكره بيدها أفى ذلك حرث؟ قال لا قلت: فيحرم
ذلك؟ قال لا. قلت: فلم تحتج بما لا حجة فيه. قال فإن الله قال: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ
حَافِظُونَ﴾ الآية. قال: فقلت له: هذا مما يحتجون به للحواز أن الله أثنى على من حفظ فرجه من
غير زوجته وما ملكت يمينه. فقلت له: أنت تحفظ من زوجتك وما ملكت يمينك؟ أهـ.

هذا وقد ذكر الشوكاني وابن القيم وغيرهما من العلماء للإتيان في الدبر مفسد دنيوية ودبوية
عديدة فلترجع في موضعها وقد ذكروا أيضاً آثاراً عن الصحابة تنهى عن ذلك، ولا يخفى عليك
أن مصدراً التشريع الكتاب والسنة هما المرجع في التحليل والتحريم.

أن العزل جائز مطلقا، ومنهم من منع مطلقا وقال: هو الوأد الأصغر، ومنهم من أباح في المنكوحه الرقيقة دون الحرة؛ خوفا من إرقاق الولد. ومنهم من جوز برضا المرأة، كأنه يحذر من تضررها. وكل ذلك ضعيف، بل القياس: أن الامتناع عن إرسال الماء في الرحم كالامتناع عن أصل الإنزال. وتحقيق هذه المسألة ذكرناها على الاستقصاء في كتاب «النكاح» من كتب «إحياء علوم الدين» في ريع العبادات، فليطلب منه.

ولا خلاف في جواز العزل من السرية والمملوكة حفظا للملك. واختلفوا في أن المستولدة كالسرية أو كالمُنكوحَة؟.

وأما الإتيان في الدبر فمحرم في المملوك، والمملوكة، والمنكوحَة. وما يحكى عن بعض الأئمة من تجويزه في المنكوحَة، فهو اختراع، بل النص في النهي عن إتيان النساء في المحيض، وتعليقه بأنه أذى: منبه على تحريمه بطريق الأولى؛ فإن الأذى في ذلك الموضع دائم.

ثم اتفق الأصحاب على أنه في معنى الوطء في إفساد العبادات، وجوب الغسل من الجانين، وجوب الكفارة، وجوب مهر المثل في النكاح الفاسد، وبالشبهة، وجوب العدة، وحرمة المصاهرة.

واتفقوا على أنه لا يتعلق به التحليل، والإحصان، احتياطا للتحليل ولسقوط الحد. وترددوا في أربعة أمور:

أحدها: النسب. والظاهر أنه يثبت؛ لأن الماء قد يسبق، ويتجه هذا عند من يثبت النسب في السرية بمجرد الوطء مع العزل.

الثاني: تقرير المسمى في النكاح. والظاهر أنه يتعلق به. وإنما ذكر العراقيون فيه ترددا مع قطعهم بوجوب مهر المثل في النكاح الفاسد.

والثالث: الرجم والجلد. ثم إذا أوجبنا به الحد، لم نوجبه في المملوكة والمنكوحَة، بل ذلك كإتيانهما في الحيض. ونوجب في المملوك؛ لأن الملك هاهنا لا ينتهض شبهة، بخلاف وطء الأخت المملوكة، فإن الصحيح ثم سقوط الحد؛ لقيام المبيح.

الرابع: في الاستنطاق في النكاح: والظاهر: أنها لا تستنطق، وفيه وجه: أنها كالثيب.

الفصل الثاني في وطء الأب جارية الابن

وهو حرام، ولكن له في مال ابنه شبهة الإعفاف، ويمثل هذه الشبهة يسقط عنه حد السرقة، فتؤثر هذه الشبهة أيضا في درء الحد عنه، وجوب المهر عليه، وفي تحريم

اجارية على الابن أبداً بحكم المصاهرة، وفي ثبوت النسب، وانعقاد لولد على حرية. وهل تصير مستولدة له إذا أحبلها؟ فيه قولان:

المنصوص وهو مذهب أبى حنيفة أنها تصير مستولدة؛ إذ لا وجه للحكم بجرية لولد إلا نقل الملك إليه رعاية لحرمة الأبوة:

والثاني وهو مذهب المزني أنه لا يثبت؛ لأنه لا سبب لنقل الملك إليه، وليس من ضرورة حرية الولد نقل الملك إليه؛ فإن الوطء بالشبهة، يوجب حرية لولد، ولا يوجب أمية الولد، وكذلك المغرور بجرية الجارية، يُخلق الولد حراً، ولا تحصل أمية الولد للجارية، ولا ينقل الملك إليه. وحكى عن صاحب «التقريب» قول ثالث في الفرق بين المعسر والموسر كما في سراية العتق. فإن قلنا: لا تحصل؛ فلا يجوز بيع اجارية وهي حامل بولد حر. وهل تجب قيمة الجارية على الأب لهذه الحيلولة إلى وقت الولادة؟ فيه وجهان، والظاهر: أنه لا يجب؛ لأن يده مستمرة وانتفاعه دائم، وإنما هذا تأخير بيع. أما قيمة الولد، فتجب على هذا القول باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حياً.

وإن قلنا: يثبت الاستيلاد، ففي وجوب قيمة الولد وجهان ينبنيان على أن الملك يُقدر انتقاله بعد العلوق أو مع العلوق؟ منهم من قال: بعد العلوق، فتجب القيمة؛ لأن المعلول يترتب على العلة. والصحيح: أن لا قيمة، والمل ينتقل مع العلوق. والمعلول مع العلة وإن كان بينهما ترتيب فهو عقلي لا زمني، وإذا قارنه، فقد صادف العلوق ملك الأب، فلا تجب القيمة. وقد قيل: يقع قبل العلوق، وهو ضعيف، يضاهي قول أبى حنيفة: إنه يقع قبل الوطء حتى يسقط المهر أيضاً. وتقديم المعلول على العلة من غير ضرورة ممتنع في الأحكام ومستحل على الإطلاق في العقليات.

هذا كله إذا لم تكن الجارية موطوءة الابن، فإن كانت موطوءة الابن فقد حرمت على الأب على التأييد. وإن أثبتنا الاستيلاد لم ييج للأب غشيانها؛ لأن التحريم المؤبد لا يرتفع بالطور.

الفصل الثالث في إعفاف الأب

وفي وجوبه قولان:

أحدهما: وهو المذهب المشهور أنه يجب؛ لأن تعريضه للزنا مع القدرة على تحصينه عن الحد في الدنيا والعذاب في الآخرة لا يليق بجرمة الأبوة.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة والمزني، وهو القياس أنه لا يجب كما لا يجب إعفاف الابن، وكما لا يجب إعفاف المحتاجين من بيت المال.

فإن قلنا: يجب، فإنما يجب إعفاف الأب، المحتاج إلى النكاح، الفاقد لمهر. فهذه ثلاثة قيود:

الأول: الأب. ويدخل تحته الجد وإن علا، من جهة الأب ومن جهة الأم، وهو كسر من يستحق النفقة.

ولو اجتمع اثنان منهم في درجة، واقتضى الحال توزيع النفقة إذا لم يقدر الابن إلا على نفقة أحدهما، كما سنذكره في كتاب «النفقات» إن شاء الله تعالى فها هنا لا يمكن التوزيع، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقرع بينهما. والثاني: أن القاضي يجتهد، ويقدم من يرى في مخيله أنه أحوج إلى النكاح.

وأما قولنا: محتاج إلى النكاح فأردنا به صدق الشهوة، فإذا ادعى لشهوة، وجب قبوله من غير تحليف؛ فإن ذلك لا يليق بالاحترام. نعم، هو بينه وبين الله تعالى لا يحل له اقتراح ذلك إلا إذا صدقت شهوته، بحيث يعسر عليه مصابرتها، ويحتمل أن يعتبر مع ذلك خوف العنت كما في نكاح الأمة.

وأما قولنا: الفاقد للمهر فأردنا به أنه لو وجد مالا هو بلفة نفقته أياما، لكنه لا يفي بالمهر فيجب إعفافه؛ لأنه مستغن عن النفقة دون الإعفاف. وفيه وجه بعيد: أنه لا يستحق؛ لأنه لا يستحق النفقة. وهو ضعيف.

وأما قولنا: يجب الإعفاف فنعني به ما تحصل به عفته عن الزنا. ويحصل ذلك بأن يزوج منه امرأة مسلمة، أو كتابية، أو يملكه جارية، أو يُسلم إليه صداق امرأة، أو ثمن جارية، ثم يلزم مؤنة الزوجة في دوام النكاح.

وليس للأب أن يعين امرأة رفيعة المهر. ومهما تعين مقدار المهر، فتعين الزوجة إلى الأب، لا إلى الابن.

ولا يكفي أن يزوجه عجزاً شوهاء، أو معية ببعض العيوب؛ فإن ذلك لا يعف، ويكون ذلك كقطع فاسد لا ينساغ، فإنه لا يقبل في النفقة.

ولا يلزمه تسليم الصداق إلى الأب، بل له أن لا يسوق الصداق إلا بعد العقد.

فرعان: أحدهما: أنه تكفيه زوجة واحدة، فلو ماتت لزمه الأخرى، وفيه وجه بعيد: أنه لا يلزمه؛ لأن النكاح وظيفة العمر فيكفي مرة واحد.

ومهما فسخ نكاحها ببعض العيوب، أو انفسخ لا باختياره فيجب التجديد كما في الموت. أما إذا طلقها ففي التجديد ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب؛ لأن تكليفه إمساك زوجة واحدة، فيه عسر. والثاني: لا يجب؛ إذ هو الذي قطع النكاح بنفسه. والثالث: أنه إن طلق بعذر ظاهر من ربة أو غيرها، كان الرد بالعيب؛ فيجب التجديد، وإلا فلا. أما إذا كان مطلقاً، بحيث ينسب في العرف إليه، فلا يجب التجديد.

الثاني: لو ملك الابن جارية، فإذا أراد أن يزوجه منها فهذا يمتن على أصدين: أحدهما: أن الأب، هل يُعدُّ موسراً بمال ولده، حتى يمتنع عليه نكاح الأمة؟ وفيه خلاف.

فإن قلنا: لا يعد موسراً، فيمتن على أن وطء جارية الابن، هل يوجب الاستيلاء؟ فإن قلنا: يوجب، لم يصح النكاح؛ لأنه يؤدي إلى انفساخ النكاح بحصول الولد، الذي هو مقصود العقد.

أما إذا كان الأب عبداً، ونكح جارية ابنه: جاز؛ لأن الاستيلاء في حقه غير ممكن؛ إذ لا يتصور له الملك، فكيف ينتقل للملك إليه؟!

ولو نكح الحر أمة أجنبى، فملكها ابنه، لم يفسخ النكاح؛ لأن هذه الشروط والتوهمات إنما تعتبر في ابتداء العقد لا في دوامه. نعم، إذا حصل ولد في ملك الابن، انفسخ النكاح إذ ذاك، وانعقد الولد على الحرية. وقال الشيخ أبو علي: لا ينعقد على الحرية؛ فإن الوطء في ملك النكاح لا يقتضى حرية الولد، فلا يحصل الاستيلاء. وهو بعيد، ولو أمكن هذا، لحكمنا بصحة النكاح ابتداء كما قاله أبو حنيفة.

ولا خلاف بين الأصحاب، أنه لو نكح جارية مكاتبه لم يصح؛ لتوقع الاستيلاء وانقلاب الملك إليه كما في جارية الابن، لكن لو طراً ملك المكاتب على زوجة سيده، ففي الانفساخ وجهان:

أحدهما: لا، كطراً ملك الابن. والثاني: يفسخ؛ لأن المكاتب وماله كالمالك للسيد فلا يفرق في ذلك بين الطارئ والمقارن كما في ملك الزوج زوجته.

الفصل الرابع

فى تزويج الإماء وحكمه فى الاستخدام، والنفقة، والمهر

أما الاستخدام، فلا ييطل بالتزويج وإنما يحرم الاستمتاع؛ لأن تعطيل منفعتها على السيد ينفره من الرغبة فى التزويج بخلاف الحرية؛ فإنها صاحبة الحظ، فيرغب مع تعطيل المنافع.

ثم السيد يستخدمها نهاراً، ويسلمها إلى الزوج ليلاً، فلو عكس لم يجز؛ لأن الليل هو وقت الاستمتاع، ولذلك يعتمد عليه فى القسم. نعم، هل للسيد أن يقول: **يُؤْتِيهَا بَيْتاً** فى دارى ليلقأها زوجها ولا أسلمها إليه؟ فقولان: أحدهما: لا؛ لأنه يناقض تمام التمكين.

والثانى: له ذلك؛ لأن اليد حقه، ولا ضرورة إلى إبطاله، كيف؟ ولا خلاف أن له أن يسافر بها، وعلى الزوج إن أراد صحبتها أن يصحبها، ولينفرد بها ليلاً، فإذا جاز ذلك فهذا أولى.

فإن قلنا: ليس له أن يُؤْتِيهَا بَيْتاً، فلو كانت محترفة، فقال الزوج: سلموها نهاراً إلى لتحترف فى بيتى، وأستأنس بمشاهدتها. قال أبو إسحاق المروزي: يجب إسعافه؛ جمع بين الجانبين. وقال الأكثرون: لا يجب تسليمها فى مدة العمل؛ فإن ذلك نقص فى حق السيد.

أما النفقة: فتجب على الزوج بكمالها إن تُسَلَّم إليه ليلاً ونهاراً. وإن لم تُسَلَّم إليه إلا بالليل، فتلاثة أوجه:

أحدها: أن لها النفقة على السيد؛ لأن النفقة إنما تجب بكمال التمكين على الزوج، ولم يجز. والثانى: أنه يجب كمال النفقة على الزوج؛ لأنه يسلم له كمال التمكين المستحق بالنكاح. والثالث: أنه يتشطر؛ لتشطر الزمان.

أما إذا نشزت الحرية نهاراً، وسلمت ليلاً؟ فعلى وجه: تسقط جميع النفقة، وعلى وجه: يسقط الشطر؛ لأنه لم تسلم كمال المستحق بالنكاح.

ولا خلاف فى أنه لو سافر السيد بها، سقطت النفقة، ولم يلزم الزوج مصاحبته والإنفاق عليها.

وأما المهر: فإنما يجب للسيد، ولا يسقط بإسقاطها.

والنظر في السقوط بالقتل والبيع:

أما القتل، فقد نص الشافعي رضي الله عنه أن السيد لو قتلها قبل الميس، فلا مهر له. مع أنه لا خلاف في أن الحرة لو ماتت، أو قتلها أجنبى قبل الميس: .ستقر المهر؛ لأن ذلك نهاية النكاح، ولذلك يتعلق به الإرث. فمنهم من خرج قولاً فى الأمة من الحرة. ومنهم من قرر النص، وعلل بعلتين:

إحدهما: أن السيد زوج بحكم ملك اليمين، فيسقط حقه بإتلافه قبل القبض كمن فى البيع. والثانية: أن العاقد هو الذى فوت المعقود عليه فيمتنع منه المطالبة.

وينبنى على العلتين قتل الحرة نفسها؛ لأنها عاقدة وليست مملوكة، وفيه وجهان. وكذلك قتل الأجنبى الأمة يخرج على العلتين.

فأما موت الأمة فلا يخرج على العلتين، ولا خلاف أنه يقرر المهر. أما إذا باع الأمة، لم يفسخ النكاح، خلافاً لابن عباس رضي الله عنه، ويسلم المهر بدائع؛ لأنه وجب بالعقد إلا فى صورة التفويض على قولنا: يجب المهر بالميس غير مستند إلى العقد، فعند ذلك إذا جرى الميس فى ملك المشتري، كان له المهر. نعم، لو باع قبل تسليم المسمى، لم يكن له منع الأمة وحبسها لسوق الصداق إليه؛ إذ لم يبق له تصرف فى الأمة، ولم يكن أيضاً للمشتري الحبس؛ لأنه لا يستحق المهر فيستفيد الزوج بالبيع سقوط حق المنع. ومهما أعتق الجارية، كان حكم المهر ما ذكره، لكن المعتقة تقوم مقام المشتري.

فرعان: أحدهما: لو زوج أمته من عبده، فلا يستحق السيد المهر؛ إذ لا يستحق السيد على عبده ديناً، والرق المقارن للعقد دفع المهر بعد جريان موجه، ولم يكن هذا تعرية للعقد عن المهر، بل جرى الموجب، واقرن به الدافع فاندفع، والاندفاع فى معنى الانقطاع، لا فى معنى الامتناع.

الثاني: إذا قال لأتمته: أعتقتك على أن تنكحني، فلا ينفذ العتق إلا بقولها؛ لأنه عتق بعوض مقصود. ثم إذا قبلت: عتقت، وفسد العوض، ولم يلزمها الوفاء بالنكاح، والرجوع عليها بقيمتها للسيد، كما لو أعتقها على خمرة. ثم لو نكحها بعد ذلك بالقيمة التى عليها وهى مجهولة ففي صحة الصداق وجهان:

أحدهما: وهو اختيار المزنى أنه لا يصح. والثاني: أنه يصح؛ إذ الاستيفاء غير مقصود، بخلاف ما لو ألفت الحرة على إنسان شيئاً، ولزمها قيمة مجهولة، فنكحها

بتلك القيمة، فالصحيح فساد الصداق هاهنا. ويتجه طرد القولين؛ لعسر الفرق.

ولو قالت السيدة لعبدها: أعتقتك على أن تنكحني، فالصحيح: أنه ينفذ من غير قبول، وكأنها قالت: أعتقتك على أن أعطيك بعده شيئاً. ومنهم من قال: يفتقر إلى القبول؛ لأنه مقصود في العادة. وهو ضعيف؛ إذ لا خلاف أنه لو قال: «طلقتك على أن لا تحتجبي مني» وقع الطلاق من غير قبول.

ثم قال صاحب «التقريب»: «من أعتق أمه لينكحها، ولم يأمن مخالفتها، فسييله أن يقول: «إن يسر الله بيننا نكاحاً صحيحاً، فأنت حرة قبله» ثم ينكحها، فيسب وقوع العتق قبله، ويصح النكاح. ومنهم من خالف في هذا، وبني على ما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت. وهذا البناء ضعيف؛ لأنه لا يدري أن موت الأب مع تقرير العقد، وهاهنا نتيقن مصادفة صحة النكاح للعتق، ويمكن أن يقال: جعل العتق معلول الصحة، إذ علق بها والصحة معلول العتق، فتكون الصحة علة نفسها بواسطة العتق فإنها علة العتق الذي هو علتها، ولا يكون الشيء علة نفسه، ولا معلول معلوله، وليس هذا كدور الطلاق؛ فإن المعلق يكون معلول المنجز، والمنجز لا يكون معلول المعلق أصلاً؛ لأن المنجز لا يستدعي وقوع طلاق قبله، وصحة النكاح تستدعي وقوع عتق قبله، وفي المسألة زيادة غور، لا يحتمل هذا الموضع كشفه.

الفصل الخامس في تزويج العبد

والنظر فيه في المهر والنفقة، وهما لازمان متعلقان بأكساب العبد مهما نكح بالإذن، وإن كان في يده مال التجارة تعلق بالأرباح، وهل يتعلق برأس المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه ليس من كسبه، فصار كرقبته وسائر أموال السيد. والثاني: أنه يتعلق، لأن الأطماع تمتد إلى ما في يده.

والقول الجديد: أن السيد لا يصير ضامناً للمهر بمجرد الإذن في العقد، إذ الإذن لا يقتضي إلا تمكينه من أداء لوازم النكاح، فيجب عليه ترك الاستخدام وتمكين العبد حتى يكسب مقدار المهر أولاً، ثم يكسب للنفقة، والقول القديم: في العبد الذي ليس بكسوب أوجه، وهو مستمد من قولنا: إن عهدة عقود المأذون ترجع إلى السيد، وإن لم يصرح بالضمان. نعم، اختلفوا على الجديد في أنه هل يمتنع على السيد المسافرة به واستخدامه؟ فقال المرازمة: له ذلك، ثم عليه لوازم النكاح. وقال العراقيون: لا، بل تعلقت اللوازم بكسبه، فليس له استيفاءه.

ثم مهما استخدم يوما واحداً، مثلاً محقاً أو مبطلاً، ففيما يلزمه قولان:

أحدهما: أقل الأمرين، من أجره المثل أو لوازم النكاح. والثاني: أنه يلزمه جميع لوازم النكاح، لأنه ربما كان يكتسب، بالاتفاق، في هذا اليوم ما يفى بالجميع.

ثم على هذا القول ترددوا في أنه، هل يجب كمال النفقة إلى آخر العمر؟ أم يقتصر على المهر ونفقة مدة الاستخدام، لأن العمر مجهول الآخر؟.

ولا خلاف في أنه لو استخدمه أجنبي لم يلزمه إلا أجره المثل، لأنه ليس عاقداً حتى يخاطب بلوازم العقد، والسيد كالعاقداً.

فرع: إذا نكح العبد حرة فاشتريته: انفسخ النكاح، وكذلك إذا اتهمت، ولكن يضاف الفسخ إلى قبولها؟ أو إلى إيجاب السيد، حتى يظهر أثره في التشطير قبل المسيس إن أضيف إلى السيد، وإسقاط الجميع إن أضيف إليها؟ فيه قولان، مأخذهما طلب الترجيح بين الإيجاب والقبول في السببية، مع أن السبب واحد، وهو مركب فيهما جميعاً.

ويمكن أن يقال: أصل الفسخ إسقاط جميع المهر إلا إذا كان السبب من جانب من يستحق عليه المهر خاصة، وهذا ليس من جانبه خاصة، فسقط الجميع، وهذا هو الوجه.

فعلى هذا لو اشترته بالصدّاق الذي ملكته على السيد بصريح ضمانه، فإن كان قبل المسيس، قال الشافعي رضي الله عنه: لا يصح الشراء، إذ لو صح لسقط المهر، ولعري الشراء عن العوض، فيؤدي إثباته إلى نفيه، فيبطل من أصله، إذ يعود المهر إلى السيد بحكم الفسخ لا بحكم البيع، وهذا من قبيل الدور الحكمي.

وإن فرعنا على قول التشطير بطل الدور في النصف، ويخرج في الباقي على قولنا تفريق الصفقة.

فإن رأينا تفريق الصفقة، أو اشترته بعد المسيس حيث يتقرر المسمى كله، فينتى على أن من استحق ديناً على عبد، ثم اشتراه، هل يسقط دينه بالملك الطارئ كما يسقط بالمقارن؟ وفيه وجهان.

فإن قلنا: يسقط، فتؤدي براءته إلى براءة الكفيل، وهو السيد، فيؤدي إلى خلو الشراء عن عوض، ويعود إلى الدور الحكمي.

وإن قلنا: لا يسقط بقى السيد ضامناً؛ فيصح الشراء وينفسخ النكاح.

ولنذكر هاهنا مسائل خمساً فى الدور الحكمى:

إحداها: أنه لو أعتق أمته فى مرضه، وتزوجها، وكانت ثلث ماله ومات ولم يزد ماله: لم يكن لها طلب المهر، لأن ذلك يلحق ديناً بالتركة، ويوجب رد العتق والنكاح والمهر من أصله، فطلب المهر يؤدى إلى إبطال أصل المهر.

الثانية: المريض إذا زوج عبداً، ثم قبض صداقها وأتلفه، ثم أعتقها: فلا خيار لها، إذ لو فسخت لارتد المهر، ولما خرجت من الثلث، فيبطل العتق، ويبطل الخيار.

الثالثة: لو مات، وخلف أختاً وعبدين، فأعتقهما الأخ، ثم شهدا على أن للميت ابناً من زوجته فلاتة: ثبتت الزوجية والنسب، ولا يثبت الميراث للولد بقولهما؛ إذ لو ثبت لحجب الأخ، وبطل إعتاقه وشهادتهما.

وإن شهدا بأن له بنتاً: لم يثبت الإرث لها، لأن فى توريتها رد عتق الأخ فى البعض، وإرقاق بعض العبدین، وذلك يبطل الشهادة، هذا إذا كان معسراً، فإن كان موسراً يثبت الإرث، إذ ليس من ضرورة الإرث إرقاق العبد، بل ينفذ فى نصيب الأخ ويسرى إلى الباقي.

الرابعة: لو أوصى له بابنه، فمات، وخلف أختاً: فله القبول، فإذا قبل عتق الابن، ولم يرث، لأنه لو ورث لحجب الأخ، وأبطل قبوله، فإنه قبل لكونه وارثاً.

الخامسة: لو اشترى المريض ابنه أو أباه، عتق من ثلثه، ثم لا يرث، لأنه لو ورث لصار التسبب إلى عتقه بالشراء وصية له، فيبطل العتق ولا يرث، وهاهنا دقيقة فى طريق قطع الدور، فإنه تارة يقطع من أوله، كما ذكرناه فى إبطال شراء الزوجة زوجها، وتارة من وسطه كما ذكرنا فى إثبات النسب، ونفى الميراث، وإنما ذكرنا ذلك لأجل تأكد بعض الأسباب وبعدها عن قبول الدفع كالنسب، وضعف بعضها وقبولها للدفع كالبيع، وسر ذلك قد حققناه فى كتاب «غاية الغور فى دراية الدوره»، فليطلب منه.

الفصل السادس فى التنازع فى النكاح

والدعوى إما أن تكون منه أو منها. فأما دعواه فصحيحة، لأنه مستحق الحق وعليها توجه الدعوى، بناء على الصحيح فى قبول إقرارها.

أما المرأة إذا ادعت: فإن ادعت المهر صحت الدعوى، وإن ادعت الزوجية ولم

تعرض للوإزم الدعوى: فالظاهر قبول دعواها، فإن الزوجية، وإن كان حق عيها، ولكنها مناط حقوق لها، وفيه وجه: أنه لا يقبل، لفساد صيغة الدعوى، إذ تدعى أنها رقيقة لغيرها، وهو ضعيف، بدليل أنه تفيد دعواها إذا سككت الزوج، إذ لو قُر بعد ذلك، أو ادعى الزوجية، قبل، لأنه ما ثبت التحريم، فلو أنكرك، وجعت إنكاره طلاقاً، على أحد المذهبين، سقط دعواها. وإن لم يجعله طلاقاً، كان إنكاره كسكوته.

فروع خمسة: الأول: إذا ادعى زيد زوجية امرأة، وادعت المرأة أنها زوجة عمرو، وأقام كل واحد بينة. قال ابن الحداد: بينة زيد أولى، لأنها استندت إلى صيغة صحيحة في الدعوى بخلاف دعوى المرأة. فاستحسن منه بعض الأصحاب، وخالفه بعضهم وقال: كيف تُسلم لزيد، وقد كذبه البينة الأخرى المقابلة لها؟! والمسألة المفروضة فيما إذا كان عمرو ساكناً، فإنه لو أنكرك، ربما جعل إنكاره طلاقاً.

الثاني: إذا زوج إحدى ابنتيه ومات، ووقع النزاع في عين الزوجة، فللمسألة حالتان: إحداهما: أن يعين الزوج إحداهما، وكل واحدة تدعى أن المروجة صاحبها، فالتى عينها الزوج، توجه الدعوى عليها، فتجرى على منهاج الخصومات، والثانية لا خصومة معها.

الثانية: أن تزعم كل واحدة منهما أنها المروجة، فالتى عينها الزوج: منكوحة باتفاق الزوجين، وبقيت الأخرى تدعى الزوجية، وقد سبق حكم دعواها.

وقال بعض الأصحاب: ليس من شرط المسألة تقدير موت الأب، كما فرضه ابن الحداد، فإن الأب وإن كان حياً، بإقرار المرأة يقبل على الصحيح، وهذا متجه إذا كانتا ثيبين، إذ لا يقبل إقرار الأب، فهو كالميت.

وأما إذا كانتا بكرين، بإقرار الأب مقبول عليها، ويجز قبول إقرارها مع قبول إقراره عسراً، لأنه ربما يختلف، فكيف يحكم بهما؟! فيمكن أن يقال: يرعى السابق من الإقرارين، أو يسقط إقرارها، إلا إذا لم يكذبها الولي، وهو الأوجه.

الثالث: إذا ادعت زوجية ومهرًا، وشهد الشهود، وقضى بالمهر، فرجع الشهود، ففي تفرعهم قولان مبنيان على شهود المال إذا رجعوا، أنهم هل يغرمون بالخلولة؟ وهاهن أولى بأن لا يغرم، لأن الشهود أثبتوا البضع له في مقابلة المهر، وهو الذى فوت بإنكاره.

التفريع: إن قلنا: يغرمون، فإنما يغرمون ما أخذ من الزوج، وإن قلنا: لا يغرمون فإنما

لا يغرمون ما هو قدر مهر المثل، فإن زاد المأخوذ على قدر مهر المثل غرموا الزائد، لأنهم لم يثبتوا في مقابلته حقاً.

المسألة بحالها: ولو شهد الشهود على النكاح، وآخرون على الإصابة، وآخرون على الطلاق. قال ابن الخداد: «الغرم على شهود الطلاق، لأنهم المقتوتون، وأما شهود النكاح، فإنهم أثبتوا حقاً، والآخرون أثبتوا استمتاعاً». واتفق الأصحاب على تغليطه، لأن شهود الطلاق وافقوه، إذ نفوا زوجيةً هو منكر لها، بل الغرم موزع على شهود النكاح وشهود الإصابة إن شهد شهود الإصابة على الإصابة في نكاح، وإن شهدوا على إصابة مطلقة، فذلك لا يؤثر، لأنه يظهر كونه في نكاح حتى يتعلق بها الحكم.

الرابع: إذا ادعت المرأة محرمية، أو رضاعاً بعد العقد، وكانت مجبرة: تسمع دعواها، وقال ابن الخداد: القول قولها، لأن هذا من الأمور الخفية، وربما انفردت به، وقال ابن سريج: «القول قوله». وهو الأصح، لأن النكاح معلوم، والأصل عدم المحرمية، وفتح هذا الباب للنساء طريق عظيم في الخلاص للفاسقات من ربة النكاح.

أما إذا كانت تزوجت برضاها، فظاهر المذهب: أنه لا يقبل دعواها، لأنه يناقض رضاها، إلا إذا أظهرت عنراً من نسيان أو غلط، فيحتمل أن يقبل دعواها، ويخلف الزوج كما إذا ادعى الراهن بيعاً قبل الرهن، وزعم أنه اعتمد على كتاب وكيله أنه لم يبع، ثم بان أنه مزور فإنه تقبل دعواه في وجه.

الخامس: إذا زوج أمته، ثم قال: «زوجتها وكنت مجنوناً» أو «محجوراً على» وأنكر الزوج، فإن لم يعهد له جنون بيقين، فالقول قول الزوج.

وإن ادعى الصبي أو امرأاً معهوداً، فوجهان:

أحدهما: أن القول قوله، إذ الأصل بقاء تلك الحالة. والثاني: أن القول قول الزوج، فإنه اعترف بالعقد، فيحمل على الصحة، فعليه بينة الإبطال.

وقد نص الشافعي رضي الله عنه، أنه لو أحرم الولي بعد التوكيل بالنكاح، ثم ادعى أن الوكيل زوج، بعد الانعزال بالإحرام: أن القول قول الزوج، لأن العقد معترف به، فيحمل على الصحة. ولكن هذا يفارق مسألة الوجهين، لأنه أقر يسبق التوكيل على الإحرام، والله تعالى أعلم بالصواب.

كتاب الصداق^(١)

وفيه خمسة أبواب:

الباب الأول

في حكم الصداق الصحيح في الضمان والتسليم والتقرير الحكم الأول: في الضمان

فنقول: كل عين مملوكة، يصح بيعها، أو منفعة متقومة تصح الإجارة عليها، فيصح تسميتها في الصداق، حتى تعليم القرآن، فلا يتعين للصداق مقدار ولا جنس.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: «أقل الصداق نصاب السرقة»، وقال: «لا يصدقها منفعة حر، لكن يصدقها منفعة العبد».

ويستحب ترك المغالاة في الصداق، لقوله عليه الصلاة والسلام: «خير النساء، أرخصهن مهوراً، وأحسنهن وجوهاً»^(٢).

(١) [الصداق] بفتح الصاد وكسرها: ما وجب بنكاح أو وطء، أو تفويت بضع، قهراً كرضاع، ورجوع شهود، سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة بآذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر، ويقال له أيضاً: مهر، ونحلة، وفريضة، وأجر، وعقر.

قال عمر رضي الله عنه: «لها عقر نسائها، ومنه قولهم: «الوطء لا يخلو عن عقر أو عقر».

وعليقة: قال ﷺ: «أثروا العلق، قالوا: وما العلق؟ قال: ما ترضى به الأهلون».

وجاء، ونكاح: قال تعالى: «وليس عصف الذين لا يجدون نكاحاً». وطول: قال الله تعالى:

«ومن لم يستطع منكم طولاً» وقيل: الصداق ما وجب بتسمية في العقد، والمهر: ما وجب

بغير ذلك، واصطلاحاً عند الشافعية: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بضع قهراً.

انظر: شرح المحلى (٢/٢٧٥)، حاشية الدسوقي (٢/٢٩٣)، حاشية ابن عابدين (٢/٣٣٩)،

كشف القناع (٥/١٢٨)، مغنى المحتاج (٣/٢٢٠)، المعجم الوسيط (١/٥١١).

(٢) الحديث لم أجدّه بهذا اللفظ وإنما يلفظ: [خير النكاح أيسره] أخرجه عن عتبة بن عامر مرفوعاً:

أبو داود (النكاح ب ٣٢) والهيتمي موارد الظمان (١٢٥٧، ١٢٦٢)، الزبيدي في إتحاف

السادة (٥/٣٤٥)، للتحفي في كنز العمال (٤٤٥٦٢)، عبد الرزاق في المصنف (١٠٤١٢)،

العجلوني في كشف الخفا (١/٤٦٥)، الألباني في السلسلة الصحيحة (١٨٤٢).

وبلفظ [إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة] أخرجه أحمد (٦/٨٢)، التبريزي في مشكاة

المصابيح (٣٠٩٧). وفي لفظ [إن أعظم النساء بركة أيسرن] أخرجه البيهقي (٧/٢٣٥)،

السيوطي في جمع الجوامع (٦٢٢٣)، الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٥/٣٤٦)، وفي الباب =

ثم مهما صح الإصداق، فالصداق في يد الزوج، مضمون ضمان العقد، أو ضمان اليد؟ فقيه قولان مشهوران:

أحدهما: أنه مضمون ضمان العقد، لأنه عوض في معاوضة كالبيع، فعلى هذا، لو تلف قبل القبض انفسخ الصداق، وقدرنا انتقال الملك إلى الزوج قبل التلف، حتى لو كان الصداق عبداً، ومات، كان متونة التحفيز على الزوج، وترجع المرأة إلى مهر المثل، وهو عوض البضع، إذ كان قياس الفسخ رجوع البضع إليها، لكن الصداق ليس ركناً في النكاح، فتعذر رد البضع وفسخ النكاح به، يضاهي ما لو تلف العوض في البيع، والمعوض جارية، تعذر ردها باستيلاد ممتلكها، فإنه يرجع إلى قيمة الجارية.

والقول الثاني: أنه مضمون ضمان اليد، كما في المستام والمستعار، حتى يخرج على وجهين في أنه يضمن بأقصى القيمة من يوم الإصداق إلى التلف، أو يضمن بقيمة يوم الإصداق؟.

ومنشأ القولين: التردد في أن الغالب على الصداق، مشابه العوض، أو مشابه النحلة، ويدل على كونه نحلة قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، وأنه لا يفسد النكاح بفساده، ولا ينفسخ برده اتفاقاً، وكأنه تحفة عجلت إليها، لتهيئ بها أسبابها.

ويدل على كونه عوضاً أنه تقابل به المرأة في العقد كما في البيع، وأنه يتقرر بتسليم المعوض، ويرجع عند فساده إلى بدله، وهذا هو الأصح، وكأنه عوض إذا ثبت، ولكن إثباته ودوامه ليس ركناً في النكاح.

وبتفرع على القولين، النظر في التصرف في الصداق قبل القبض، وحكم الزوائد، وحكم التعيب والتلف، وبيانه بخمس مسائل:

الأولى: بيع الصداق قبل القبض، ممتنع على قول ضمان العقد، جائز على قول ضمان اليد، وكذلك الاستبدال عنه إذا كان ديناً يجري مجرى الاستبدال عن الثمن على قول ضمان العقد لا يجري المسلم فيه.

الثانية: منافع الصداق إذا فات: لم يضمنه الزوج على القولين، إلا إذا قلنا: إنه

—أحاديث أصح من هذه لكنها تختلف في لفظها تتفق في المعنى مع ما أورده المصنف.
انظر: نيل الأوطار (١٦٨/٦، ١٦٩)، الحاكم في المستدرک (١٧٨/٢)، ابن حبان (١٥٨/٦)، أحمد (١٤٥/٦).

مضمون ضمان المغصوب. نعم، لو استخدم الزوج، فاستوفى المنفعة، ضمن على قول ضمان اليد، وعلى قول ضمان العقد ينزل منزلة البائع إذا انتفع، وفي ضمانه يبنيان على أن جنابة البائع كجنابة الأجنبي، أو كآفة سماوية؟.

وأما الزوائد كالولد والثمار، فلا تدخل في ضمان الزوج على القولين إلا إذا ألحقناه بضمن المغصوب.

الثالثة: إذا تعيب الصداق قبل القبض، فلها خيار فسخ الصداق على القولين، إلا على وجه حكى عن أبي حفص بن الوكيل: «إنه لا خيار لها على قول ضمان الغصب». واتفق الجمهور على إثبات الفسخ يؤيد قول ضمان العقد، لكن القائل الآخر يقول: هو وإن كان مضمونا ضمان اليد، فقد التزم تسليمه في عقد.

ثم إن فسخت فعلى قول ضمان العقد، رجعت إلى مهر المثل، وإن أجازت لم تطالب بالأرض، وعلى الثاني: ترجع إلى قيمة الصداق، وإن أجازت طالبت بالأرض.

أما إذا اطلعت على عيب قديم، فلها الخيار، ولكن على قول ضمان اليد، هل تطالب بالأرض إن أجازت؟ فيه تردد الأصحاب، وتبعد المطالبة بأرض ما لم يدخل تحت يده بحكم ضمان اليد، ولكن له وجه من حيث إن الأصحاب اتفقوا على طرد القولين فيما إذا أصدقها عبداً فخرج مغصوباً أو حراً، وقالوا: على قول ضمان اليد ترجع إلى قيمة العبد، وتقدر قيمة الحر. وزادوا عليه فقالوا: لو أصدقها حراً أو غنيراً، قدرنا الخمر عسيراً، والخنزير شاة، ورجعنا إلى قيمتهما على هذا القول. ثم قال الصيدلاني: هذا إذا قال: «أصدقتك هذا العبد» فإذا هو حر، أو «هذا العسير» فإذا هو حمر، أو قال: «أصدقتك هذا» ولم يسم، فإن قال: «أصدقتك هذا الحر» أو «هذا الخمر والخنزير»: فسدت التسمية قطعاً، وكان الرجوع إلى مهر المثل قولاً واحداً، وهذا ينه على مأخذ آخر سوى ضمان اليد، وهو أن تعيين الصداق له فائدتان:

إحداهما: التعيين. والآخرى: التقدير بقدر ماليته. وكأن التسمية إن فسدت في حق التعيين، فلا تفسد في حق تقدير تعيين المالية، فكأنهما رضا بهذه العين وبهذا القدر، والشرع قد منع من عين الحر والغصب والخمر، فبقى المعين معياراً للقدر فترجع إليه، فكذلك في العيب القديم يمكن أن يقال: معيار المقدار، ما ظن حالة العقد وهو سليم، فيجب إكماله.

الرابعة: إذا تعيب الصداق بجناباتها، فذلك كقبضها. وإن تعيب بجنابة أجنبي، فلها

الخيار، لكنها على قول ضمان العقد، إن فسخت طالبت الزوج بمهر المثل، ولم تطالب الأجنبية بالأرث، وإن أجازت طالبت الأجنبية بالأرث، إذ جنى على ملكها. وعلى قول ضمان اليد: إن فسخت، طالبت الزوج بقيمة الصداق سالمًا، وإن أجازت تخيرت بين: مطالبة الزوج، والأجنبي، والقرار على الأجنبية.

الخامسة: إذا تلف بعض الصداق: ارتبط النظر على قول ضمان العقد، بتفريق الصفقة، وإن تلف كله: لم يخف تفريع ضمان العقد، لكن على قول ضمان اليد لا فسخ لها، بخلاف ما إذا تعيب، فإنها تستفيد بالفسخ الخلاص من العيب، والرجوع إلى القيمة. وأما هاهنا إن أجازت أو فسخت، فرجوعها إلى القيمة يوم الإصداق، فأى معنى لفسخ لا فائدة له، وقد تضرر به، إذ تسقط مطالبته عن الأجنبية.

وإذا قلنا: إنه يضمن ضمان المغصوب، وكان قيمته يوم التلف أكثر، فإن أجازت أخذت قيمته يوم التلف. وإن فسخت رجعت إلى قيمة يوم الإصداق، فينقص حقها، وتتضرر بالفسخ، وهذا بخلاف ما لو وجد بالمبيع عيبًا، وهو مع ذلك يساوى أضعاف الثمن، فإن له الرد، لأن له فائدة فى الخروج من العهدة.

الحكم الثانى: فى التسليم

ومهما تنازعا فى البداية بالتسليم، ففيه ثلاثة أقوال، كما فى البيع:

إحداها: أنهما يجبران معًا من غير تقديم أحدهما. وطريقه: أن يكلف الزوج تسليم الصداق إلى عدل، وتكلف المرأة التمكين، فإذا وطئها أخذت الصداق.

والثانى: أنهما لا يجبران، بل من أراد استيفاء ما له، بادر إلى تسليم ما عليه، حتى يجبر صاحبه على التسليم.

والثالث: أن البداية بالزوج، لأن استرداد الصداق ممكن دون البضع، وهذا بشرط أن تكون مهية للاستمتاع، فإن كانت صغيرة، ففي المهر قولان كما فى النفقة، وإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر آخر، لم يجب تسليم الصداق إليها.

والقول الرابع: وهو أن البداية بالمرأة، وإن كانت فى رتبة البائع، فإن ذلك لا يجرى هاهنا أصلاً، لأن البضع يفوت بالتسليم بخلاف المبيع.

ثم إن البداية لا تخلو إما أن تكون منها أو منه: فإن كان منها التمكين، ثبت لها طلب الصداق على الأقوال كلها، وطئت أو لم توطأ، إذ بذلت ما فى وسعها، فإن رجعت إلى الامتناع، لم يكن لها طلب الصداق، لأن شرط استمرار الطلب، على

قولنا: الابتداء بالزوج، استمرار التمكين، وإن وطئها استقر الطلب، فإن لم يسلم لها الصداق، لم يكن لها العود إلى المنع، إذ سقط حق حبسها بالوطء، ولا يسقط حق حبسها بتمكين عار عن الوطء.

وهل يسقط بوطء أكرهت عليه؟ فيه وجهان، ووجه سقوطه أن العوض قد تقرر، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لها الامتناع بعد الوطء مهما منع الصداق.

أما إذا بادر الزوج إلى تسليم الصداق فامتنعت، فهل له الاسترداد؟ إن قلنا: إنه يجبر الزوج على البداية، فيسترد، لأن ذلك بشرط تسليم المعوض. وإن قلنا: لا يجبر، فقد تبرع وأبطل حق الحبس، فلا يسترد. وقال القاضي: «إن كانت معذرة عند التسليم، ثم زال العذر وامتنعت، فله الاسترداد، لأنه سلم على رجاء التمكين عند زوال العذر». والأظهر أنه لا يسترد كيفما كان.

ثم مهما سلم الصداق، فليس له أن يرهقها، بل يمهلهما ريثما تستعد بالتنظيف والاستعداد. وقيل: إنه يمهل ثلاثة أيام.

ولا خلاف في أن الإمهال لأجل تهية الجهاز، لا يجب. نعم، لو كانت صغيرة لا تطيق الوقاع، لم يجب تسليمها، وكذا إن كانت مريضة، فلو كانت حائضاً، وجب التسلم، إذ يستمتع بها فوق الإزار، ويكفي الدين وازعاً عن الوطء.

فإن قال: أنا أمتنع عن وطء الصبية والمريضة: لم يوثق بقوله فيه، وذلك إضرار بهما ولا ضرر على الحائض. نعم لو علمت من عادته أنه يتغشاها في الحيض، فلها الامتناع من المضاجعة.

الحكم الثالث: التقرير

ولا يتقرر كمال المهر إلا بالوطء، أو موت أحد الزوجين، فأما الخلوة، فلا تقرر على الجديد من القولين، ومنهم من قطع بأن الخلوة لا تقرر وجهاً واحداً وحمل نص القديم على أن الخلوة تؤثر في جعل القول قولها إذا تنازعا في الوطء، لأجل التقرير.

ثم قال المبرعون على القديم: يتعلق بالخلوة أيضاً العدة والرجعة. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تثبت الرجعة. وقال أبو حنيفة: الخلوة بالنفساء والحائض والصائمة صوم الفرض: لا تقرر المهر. ووافقه المحققون على القديم وقال: الخلوة بالرتقاء والقرناء: تقرر المهر. وخالفه المحققون.

الباب الثاني في أحكام الصداق الفاسد

وقاعدة الباب أن النكاح لا يفسد الصداق، لأن المذهب الصحيح: أن النكاح الخالي

عن ذكر الصداق يتعقد موجباً للصداق تعبدًا، فلا يؤثر ذكر الصداق إلا فى التعيين والتقدير، فيفسد التعيين والتقدير ويبقى وجوب مهر المثل، أو يبقى التقدير ويسقط التعيين، حتى يرجع إلى قيمة الصداق إذا كان حرًا أو مفضوياً. وقال مالك رحمه الله عليه: «يفسد النكاح بفساد الصداق». وقيل: هو قول الشافعى رضى الله عنه. ولا تفريع عليه.

ثم لفساد الصداق أسباب ومدارك:

الأول: أن لا يكون قابلاً للتملك. كالخمر، والمغصوب، والحر. وحكمه الرجوع إلى القيمة على قول. وإلى مهر المثل على قول.

الثاني: الشروط، والأصل أن النكاح لا يفسد بكل شرط يوافق مقصوده، كقوله: بشرط أن أنفق عليك، أو أجامعك ويفسد بكل شرط يخل بمقصود البضع، كقوله: «نكحت بشرط أن أطلق» أو «لا أجامع». وفيه وجه بعيد: أنه لا يفسد به وأما الذى لا يخل بالمقصود، ولكن يتعلق به غرض مقصود، ويؤثر فيه كشرط أن لا يتسرى عليها، وأن يمكنها من الخروج متى شاءت، أو لا يجمع بينها وبين ضرتها فى مسكن، أو لا يقسم لها فهذه أغراض مقصودة، وكل غرض مقصود، فهو عوض مضاف إلى الصداق، أو مقابل له، فيؤثر فى إفساد الصداق، لا فى إفساد النكاح، وكذلك الشروط الفاسدة الخاصة بالصداق، تفسد الصداق دون النكاح.

ولو شرط الخيار ثلاثة أيام فى الصداق، فحاصل المنقول فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يصح الشرط ويثبت الخيار، لأن الصداق فى حكم عقد مستقل، ولذلك لا يفسخ النكاح بفسخه، فيفرد بالخيار كالبيع.

والثاني: أنه يفسد ويفسد النكاح، لأن إثبات الخيار فى أحد العوضين يتداعى إلى الثاني. وهو ضعيف يلزم فى سائر شروطه.

والثالث: أنه يفسد به الصداق دون النكاح، لأن إثبات الخيار فى الصداق، بعيد، وإذا لم يصح أفسد الصداق.

فروع: نقل المزنى لفظين متقاربين وحكمين مختلفين. فقال: «لو عقد النكاح بألف على أن لأبيها ألفاً: فالمهر فاسد، لأن الألف الثانى ليس بمهر، وقد اشترطه».

ولو نكح امرأة بألف على أن تعطى أباه ألفاً: كان جائزاً، ولها منعه، وأخذها منه، لأنها هبة لم تقبض أو وكالة، وكأن المزنى جعل هذا، كأنه عقد بألفين على أن توصل

إلى أبيها من مالها ألفاً، فالتزم عملاً لا يلزمه، فيلغوه لكن اللفظ يكاد ينبو عنه، فمن الأصحاب من قال: المهر فاسد هاهنا أيضاً، لأنه عقد بألف، بلا فرق بين الإضافة وبين الإعطاء، ومنهم من قال: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج، إذ الإضافة إلى أبيها أيضاً، مشعر بأنه يسلم له من جهتها ألفاً فهو كالإعطاء. والصحيح الفرق، وتقرير النصين.

المذكور الثالث: الفساد بتفريق الصفقة. وفيه مسألتان:

إحدهما: أن يصدقها عبداً، على أن ترد ألفاً، فقد جعل العبد مبيعاً وصداقها، فجمع بين صفتين مختلفتين، فيخرج على قولي تفريق الصفقة. فإن أفسدنا كان تأثيره في إفساد الصداق. وذكر الفوراني القولين في صحة النكاح، وربما يعتضد ذلك بطرد الأصحاب القولين، فيما لو جمع بين أجنبية ومحرّم في صفقة واحدة، إذ أفسدوا نكاح الأجنبية على قول، لكنه ضعيف، لأن الفساد تطرق هاهنا إلى بعض صيغة التزويج، والصيغة لا تتبع، وهناك تطرق الفساد إلى لفظ الصداق.

وإن فرعنا على صحة الصداق، فلو تلف العبد قبل القبض، استردت الألف، ورجعت إلى مهر المثل على قول. وعلى قول: ترجع إلى قيمة الباقي باعتبار توزيع العبد على الألف ومهر المثل.

ولو قبضت العبد، فوجدت به عيباً، وأرادت أن تفرد القدر المبيع، أو الصداق بالرد، ففيه قولان بتفريق الصفقة، ووجه جوازه: أن جهة الصداق تباين جهة البيع، فلم يكن كما لو اشترى عبداً، ورد بعضه بالعيب، فإن ذلك ممتنع، لما فيه من الإضرار بالتوزيع.

الثانية: لو جمع بين نسوة في عقد واحد، على صداق واحد: فالنكاح صحيح، وفي صحة الصداق قولان، نص عليهما الشافعي رضي الله عنه، وكذلك في الخلع. ونص على أنه لو اشترى عبيدين من رجلين لكل واحد عبد، بثمن واحد: فالبيع باطل، لجهالة الثمن. ونص على أنه لو كاتب عبيده على عوض واحد: فالكتابة صحيحة.

فمن الأصحاب من قرر النصوص، وقال: البيع باطل، لجهالة الثمن في حق كل واحد، والكتابة صحيحة، تشوفاً إلى العتق، إذ احتمل فيه مقابلة الملك بالملك، فهذا أولى. والصداق والخلع دائران الرتبين، ففيه قولان. ومنهم من طرد القولين في الجميع، وهو القياس، ووجه قول الفساد: الجهل بحق كل واحد، ووجه الصحة: معرفة الجملة وتيسير الوصول إلى التفصيل بالتوزيع. لكنه لا خلاف أنه لو قال: بعثك هذا

العبد بما يقتضيه التوزيع من الألف إذا قسم على قيمته وعلى قيمة ذلك العبد الآخر لم يميز ذلك. فأى فرق بين أن يدخل العبد الآخر فى العقد أو لا يدخل، والصفقة تعددت بتعدد البائع؟ فالتصحيح بعيد فى الجميع.

التفريع: إن قضينا بالصحة، وزع الصداق على مهور أمثالهن. وفيه وجه بعيد: أنه يوزع على عدد العروس.

وإن فرعنا على الفساد، يرجع كل واحد منهم إلى مهر المثل على قول، وإلى قيمة الصداق كما يقتضيه التوزيع، على قول، لأن هذا مجهول أمكن معرفته بخلاف ما لو أصدقها مجهولاً لا يمكن معرفته، فإنه يرجع إلى مهر المثل قولاً واحداً.

المدرک الرابع: أن يكون الصداق بحيث لو قدر ثبوته لارتفع النكاح، كما إذا قبل نكاح عبده وجعل رقبته صداقاً، فلو ملكت رقبته لانفسخ النكاح، فيفسد الصداق، ويفسد النكاح أيضاً؛ لأنه قرن النكاح بما يضاده لو ثبت، بخلاف ما لو أصدق حمراً، فضامى هذا شرط الطلاق والفسخ، وكان يحتمل تصحيح النكاح، ولكن لا صائر إليه.

المدرک الخامس: أن يتضمن إثبات الصداق رفع الصداق، كما لو زوج من ابنه امرأة، وأصدقها أم ابنه، فإنه لا بد من تقدير دخول الأم فى ملك الابن حتى ينتقل إلى الزوجة صداقاً. ولو دخل فى ملكه، لعق عليه ولما صار صداقاً، ففى إثباته نفى، ففسد بطريق الدور، ولكن يصح النكاح.

المدرک السادس: أن يُضْمَنَ إضراراً بالطفل، كما لو قبل لابنه الصغير نكاحاً بأكثر من مهر المثل، أو زوج ابنته بأقل من مهر المثل، فيفسد الصداق، وفى صحة النكاح قولان:

أحدهما: الصحة؛ كسائر أسباب الفساد. والثانى: الفساد؛ لأنها لم تعرض إلا بأكثر من مهر المثل، فكيف ترد إلى مهر المثل؟ وكيف يصح العقد دون رضاها؟ وكذلك إذا لم يرز زوج ابنته إلا بأقل من مهر المثل، فكيف يلزمه مهر المثل؟ هذا إذا زوّج من ابنه بمال الابن. فإن زوّج، وأصدق من ماله بزيادة على مهر المثل: صح، ولا نقول: هذا يدخل فى ملك الطفل ويصير تبرعاً من ماله؛ لأنه لا مصلحة للطفل فى إفساد هذا الصداق؛ إذ يفوت عليه الكل، فإذا كان يحصل ذلك ضمناً، فلا نبالي بالزيادة.

واختتام الباب بمسألة السر والعلانية: فإذا تواطأ أولياء الزوجين على ذكر ألفين فى العقد ظاهراً، وعلى الاكتفاء بألف باطناً، فقد نقل المزنى قولين فى أن الواجب مهر

السر أو مهر العلانية؟ واختار المزننى أن الواجب مهر العلانية؛ لأن ما جرى قبله، وعد محض. وما ذكره صحيح؛ إذ لم يجر إلا الوعد. فأما إذا تواطئوا على إرادة الألف بعبارة الألفين، فيحتمل قولين، مأخذهما: أن الاصطلاح الخاص، هل يؤثر فى الاصطلاح العام ويغيره أم لا؟ وفيه نظر.

المدرک السابع: مخالفة الأمر. وذلك أن يقول للوكيل: «زوجنى بألف» فزوج بخمسائة، لا يصح النكاح؛ لأنه لا يملك الوكيل إلا ما أذن له فيه، ولم يؤذن له فى هذا العقد بخمسائة.

فأما إذا قالت للوكيل: «زوجنى» فزوج بأقل من مهر المثل، فالصحيح: فساد النكاح أيضا لأن المطلق فى العرف، يقتضى مهر المثل.

ولو زوجها من غير المهر، فى الصحة قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن المطلق ينزل على النكاح بالمهر. والثانى: الصحة، لأنه طابق فعله إذنهما.

أما إذا زوج الوكيل أيضًا مطلقًا، ولم يتعرض للمهر، فيحتمل التصحيح، والرجوع إلى مهر المثل؛ لأنه طابق فعله إذنهما. ويحتمل الإفساد؛ إذ كان مفهوم قولها فى العرف ذكر المهر.

وأما إذا ذكر حمراً أو خنزيراً، ظهرت المخالفة؛ فيظهر الإفساد. وأما إذا أذنت للولى، فالصحيح: أن الولى فى هذا المعنى كالوكيل؛ لأنه غير مجبر، وقيل: إن الإذن يلحقه بالمجبر. ثم فى تزويج المجبر بأقل من مهر المثل قولان. وإنما ذكروا القولين أيضًا فى الوكيل حيث فوضت إليه مطلقاً.

أما إذا قدرت المهر وخالف، فقطعوا بفساد النكاح. وقيل بطرد القولين أيضًا فى الوكيل إذا فوض إليه مطلقاً.

فرع: لو قالت: زوجنى بما شاء الخاطب، فقال: زوجتك بما شئت، فالمهر مجهول، والرجوع إلى مهر المثل، إلا إذا عرف الزوج ما شاء الخاطب. وقال القاضى: وإن عرف فالصداق فاسد؛ فإنه لم يتلفظ به.

الباب الثالث في إخلاء النكاح عن المهر

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فيما تستحقه المفوضة

ونعني بالتفويض تخلية النكاح عن المهر بأمر من إليه الأمر، كما إذا قالت البالغة للولى: «زوجنى بغير مهر» فزوجها، ونفى المهر، أو سكت عن ذكره. وكما لو زوج السيد أمته، ونفى المهر أو سكت عنه. ولا يتصور ذلك فى صبيبة، ولا مجنونة، ولا سفية؛ إذ ليس لأحد إسقاط مهرهن. نعم، إذا قالت السفية للولى: «زوجنى بغير مهر»، تسلط الولى على التزويج بإذنها، لكن عليه تزويجها بمهر المثل، ولا يعتبر قولها فى إسقاط المهر.

ثم فيما تستحقه المفوضة طريقان:

قال العراقيون: لا تستحق بالعقد شيئاً، وتستحق بالوطء مهر المثل. وهل تستحق بالموت؟ قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن الموت مقرر كالوطء، ولأن ابن مسعود رضى الله عنه سئل عن المفوضة وقد مات زوجها، فاجتهد شهراً، ثم قال: «إن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمنى ومن الشيطان، أرى لها مهر نساؤها والميراث» فقام معقل بن سنان، وقال: «أشهد أن رسول الله ﷺ قضى فى تزويج يروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا» فسر به سروراً عظيماً^(١).

والثانى: أنها لا تستحق؛ لأن تشبيه الموت بالطلاق أولى. ولا خلاف أنها لا تستحق الشطر عند الطلاق قبل المسيس. وأما حديث معقل بن سنان فلم يقبله على بن أبى

(١) الحديث عن علقمة قال: «أتى عبد الله فى امرأة تزوجها رجل، ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقاً ولم يكن دخل بها، قال: فاحتلفوا إليه، فقال: أرى لها مثل مهر نساؤها ولها الميراث وعليها العدة فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبى ﷺ «قضى فى يروع ابنة واشق بمثل ما قضى» أخرجه: الترمذى (١١٤٥)، النسائى (١٢٢/٦)، سعيد بن منصور فى سننه (٩٢٩). ابن حبان (٤٠٨٦، ٤٠٨٧)، الحاكم (١٨٠/٢)، وقال: صحيح على شرط مسلم، وفى (١٨١/٢) وقال: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبى فى الموضعين، وأخرجه ابن ماجه (١٨٩١)، وصححه البيهقى فى السنن الكبرى (٢٤٤/٧). قال الشوكانى فى نيل الأوطار (١٧٢/٦): صححه ابن مهدي. وقال ابن حزم: لا مغز فيه لصحة إسناده وقال الشافعى: لا أحفظه من وجه يثبت مثله ولو ثبت حديث يروع لقلت به، وقد قيل إن فى راوى الحديث اضطراباً فروى مرة عن معقل بن سنان ومرة عن رجل من أشجع أو ناس من أشجع وقيل غير ذلك. ا. هـ.

طالب كرم الله وجهه وقال: كيف نقبل في ديننا قول أعرابي بوال على عقبيه^(١)؟!

هذه طريقة العراقيين، أما المراززة^(٢) فذكروا قولين في أنها، هل تستحق بالعقد؟ ووجه الاستحقاق أنها إذا استحققت عند الموت والموت لا يوجب، بل يقرر فقد دل على أنه وجب بالعقد، فكذلك الوطء وإن كان موجباً فإنما يوجب إذا لم يكن مستحقاً أعني الوطء، والوطء هاهنا مستحق بالعقد، فلا يوجب شيئاً، وهذا بخلاف الوطء بالشبهة، ولذلك لا يجب على السيد بوطء أمته شيء، فوجوبه بالوطء يدل على وجوبه بالعقد.

واتفق الأصحاب على أنها لا تستحق بالطلاق قبل المسيس؛ لأن القياس سقوط الكل بالطلاق، ولكن قال الله تعالى: ﴿فَنَصِّفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فخصص بالمفروض.

ولو أصدقها خمراً، ورجعنا إلى مهر المثل، تشطر ذلك بالطلاق؛ لأنه مفروض صحيح في إثبات الأصل دون التعيين؟ وذكر الشيخ أبو محمد أن مهر المثل في صورة التفويض أيضاً يتشطر كذكر الخمر.

واتفقوا على أنها تستحق بالوطء أيضاً إلا القاضي حسين فإنه ذكر وجهاً: أنها لا تستحق؛ مُخرجاً من قول الشافعي رضى الله عنه في المرتهن، إذا وطء الجارية المرهونة بإذن الراهن، على ظن أنه مباح؛ إن المهر لا يجب مع ثبوت النسب والعدة. وسقوط المهر لا مأخذ له إلا إسقاط من له الحق.

فروع: إذا قلنا: تستحق المهر بالوطء، فيجب باعتبار حالها يوم الوطء، أو يوم العقد؟ فيه وجهان. ووجه اعتبار يوم العقد يومسء إلى أن الأمر كان موقوفاً، فكأننا نقول: العقد الخالي عن الوطء لا يوجب المهر، والمفضى إلى الوطء يوجب، ولكن لا يتبين إلا

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٧٣/٦): ورد بأن ذلك لم يثبت عنه أى على رضى الله عنه من وجه صحيح ولو سلم ثبوته فلم ينفرد بالحديث معقل المذكور بل روى من طريق غيره بل معه الخراج كما وقع عند أبي داود، والترمذي ونس من أشجع كما سلف. وأيضاً الكتاب والسنة إنما نفيا مهر المطلقة قبل المس والقرض لا مهر من مات عنها زوجها وأحكام الموت غير أحكام الطلاق. وفي الرواية عن القاسم أن لها المتعة. ا. هـ.

(٢) يقصد بالمراززة: الشافعية الذين قطنوا مرو، وهي إحدى مدن خراسان الأربعة وهي مرو، ونيسابور، وبلخ، وهراة. وأكثر علماء خراسان في المذهب الشافعي من مرو، فكثيراً ما جاء عن أكثر الخراسانيين بالمراززة، انظر: طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السبكي (٣٢٤/١) وما بعدها.

بالآخرة، فتحصل بالعقد ثلاثة أقوال:

يجب. لا يجب. هو موقوف إلى أن يخلو عن المسيس، أو يُفصى إليه.

الفصل الثاني: في الفرض، ومعناه، وحكمه

اعلم أن المفوضة إذا قلنا: إنها تستحق المهر إما بالعقد أو بالمسيس فمعناه أنها تستحق إما مهر المثل، أو ما تراضى به الزوجان، وما يراضيان به فهو أولى. فإن عجزنا عن ذلك، رجعناه إلى مهر المثل؛ لأن إيجاب المهر مع التصريح بنفيه تعبد، والتعبد في أصل المهر، لا في مبلغه، لكن طلب ما لا يتعين مبلغه غير ممكن، فلذلك يجب على الرجل تعيين المبلغ بالفرض، ويجوز للمرأة أن تمنع نفسها في طلب الفرض على القولين جميعاً. فأما إن قلنا: إنها تستحق بالعقد، فلها غرض في الفرض، وهو تقرير الشطر عند الطلاق.

وإن قلنا: لا يجب، فتستحق عند المسيس، فلها أن لا تسلم نفسها إلا على ثبت. نعم؟ ليس لها حبس نفسها لتسليم المفروض في صورة التفويض؛ لأنها أبطلت حقها إذ رضيت بغير مهر، وإنما لها الفرض؛ لنفي الجهالة عما أثبتته الشرع أو تثبته. ومن أصحابنا من ذكر وجهها: أن لها حبس نفسها لتسليم المفروض، كما لها طلب الفرض وهو متجه.

ثم لا خلاف في أن لهما فرض غير جنس الصداق، وما يزيد على مهر المثل وما ينقص، إذا لم يكن من جنس مهر المثل. والصحيح: أنه يجوز فرض الزيادة على مهر المثل وإن كان من جنسه، ويجوز فرض المؤجل ولا يشترط علمهما بمهر المثل عند الفرض.

ومن أصحابنا من ذكر في هذه المسائل الثلاث وجهين، فكأنه يجعل مهر المثل أصلاً، والفرض بياناً له وتقديراً. فيقول: لا يمكن إثبات الأجل ابتداءً، ولا التزام زيادة على مهر المثل؛ فإنه لا أصل له، كما أنه لا تجوز المصالحة في دم العمد على ما يتبين من الإبل إذا قلنا: الواجب أحدهما لا بعينه، وكأن مثل ذلك التردد جار هاهنا، وهو أن الواجب مهر المثل؟ أو المفروض أحدهما لا بعينه؟ أو مهر المثل هو الأصل، والفرض بناء عليه وتابع له؟ والأصح: أن الواجب أحدهما لا بعينه؛ ولذلك جاز تعيين ما تزيد قيمته من غير جنس المهر، لا على منهاج الاستبدال؛ إذ لا يقتقر إلى إيجاب وقبول.

فروع أربعة:

الأول: لو أبرأت قبل الفرض عن المهر: صح على قولنا: يجب بالعقد، إن كان مهر

المثل معلوماً. وإن كان مجهولاً: لم يصح في الزيادة على المستيقن. وفي القدر المستيقن قولاً تفريق الصفقة. وإن قلنا: لا يجب إلا بالوطء، فهو كالإبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، وفيه قولان، ولا يكون إبراؤها مضاداً للتعبد؛ فإنه في حكم الاستيفاء.

أما إذا قالت: وأسقطت حقي عن طلب الفرض، فهذا يلغو؛ لأن أصل الحق باق، والفرض تابع له، فصار ذلك كرضا التي آلى عنها زوجها، فإن ذلك لا يسقط حقها.

الثاني: لو فرض لها حمراً أو خنزيراً، لغا، ولم يتشطر بسببه مهر المثل؛ لأن المؤثر فرض صحيح أو مقرون بحال العقد، فما لا يفيد تعييناً بعد العقد، لم يؤثر في تغيير العقد.

الثالث: لو امتنع من الفرض - مع طلبها - فللقاضي أن يفرض، ولكن عليه أن لا يزيد على مهر المثل؛ كيلا يتضرر الزوج، وكأنه نائب عنه نيابة قهرية.

الرابع: لو فرض الأجنبية متبرعاً، ففي صحته وجهان: أحدهما: يجوز، وعليه المفروض؛ كما له التبرع بأداء الصداق عنه دون إذنه. والثاني: لا يجوز؛ لأن هذا إظهار لمراد الطلب الذي يقتضيه العقد، فلا يليق إلا بالعاقدين.

الفصل الثالث: في تعرف مهر المثل

والحاجة تمس إلى معرفة ذلك في المفوضة إذا لم يتفق فرض، وفي الوطاء بالشبهة، وفي أخذ المهور بالشفعة، وفي التوزيع عند جمع نسوة في عقد واحد، وفي مواضع.

والأصل العظيم في مهر المثل: النسب. وينظر إلى مهر الأخوات للأب، والعمات للأب. ولا ينظر إلى البنات والأمهات؛ إذ يختلف ذلك بنسب الآباء. ويعتبر مع ذلك الكمال والعفة، وسلامة الخلق، وسائر الخصال، إذا كانت الرغبة تزيد بذلك وتنقص. فإن لم تكن نسبية، فمجرد النظر إلى هذه الخصال، فإن هذا يجري مجرى معرفة القيم، فينظر إلى الرغبات.

فروع: الأول: لو سمحت واحدة من العشيرة، لم يلزم الباقيات ذلك؛ إلا إذا شاع التسامح فيهن، فيدل ذلك على قلة الرغبات.

الثاني: لو كن يتكحن بألف مؤجل، فلا يمكن التأجيل في قيم المتلفات، فالوجه: أن ينقص من الألف ما يقتضيه العدول إلى النقد.

الثالث: لو كن يساعن من يواصلهن من العشيرة، فيلزم ذلك في العشيرة لا في

غيرهم. وقال الشيخ أبو محمد رحمه الله : لا يلزم ذلك؛ لأن القيم لا تختلف بالأشخاص.

الرابع: الوطء بالشبهة، يوجب المهر باعتبار يوم الوطء، وكذلك في النكاح الفاسد؛ لأن العقد باطل، فلا معنى لاعتباره. نعم، إذا وطئها في العقد الواحد مراراً، لا يلزم إلا مهر واحد؛ لأن الشبهة شاملة، وكذلك لو ظنها منكوحة ووطئها مراراً. ومهما تعددت الشبهة، تعدد المهر.

ولو أكره الغاصب الجارية على الوطء، ووطئها مراراً، لزمه بكل وطء مهر؛ إذ لا شبهة حتى يعتبر شمولها.

والأب، إذا وطء جارية الابن مراراً، ولم تحبل، فهل يقال: شبهة الإعفاف شاملة، فيكتفى بمهر واحد؟ فقيه وجهان.

ثم إذا اكتفينا بمهر واحد، فلو كانت هزيلة في حال، وسمينة في حال، اعتبرنا حال زيادة المهر واكتفينا به والله أعلم.

الباب الرابع

في حكم تشطر الصداق بالطلاق قبل المسيس

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول في محله وحكمه

فنقول: ارتفاع النكاح قبل المسيس لا بسبب من جهتها يوجب تشطر الصداق الشابت بتسمية مقرونة بالطلاق، صحيح أو فاسد، أو يفرض بعد العقد في صورة التفويض. ويستوى فيه الطلاق والفسخ والانساخ، إلا إذا كان الفسخ منها، أو بعيب فيها، أو بسبب من جهتها. وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يتشطر إلا مسمى صحيح في نفس العقد، فأما المفروض بعد العقد - الواجب في العقد بتسمية فاسدة - فلا يتشطر. ثم المذهب الصحيح أن معنى التشطير: رجوع النصف إلى الزوج بمجرد الطلاق من غير اختيار. وفيه وجه مشهور: أن معناه: ثبوت خيار الرجوع في الشطر بالطلاق، مضاهياً لخيار الرجوع في الهبة. ومن أصحابنا من قال: يقتصر إلى قضاء القاضي. وهو ضعيف جداً.

ويتفرع على وجه الخيار أن الزيادة الحادثة بعد الطلاق وقبل الاختيار، تسلم للزوجة، وأنه لو طلقها على أن لها كمال المهر، يكون ذلك كإسقاط الخيار، ويسلم لها كمال

المهر. وعلى الوجه الآخر: لا يؤثر الشرط في إسقاط الشرط. ويحتمل ترددًا في تصرف المرأة بين الطلاق والاختيار، وفي أنه لو أسقط الزوج خياره، هل يسقط؛ لتردد هذا الخيار بين خيار الواهب، وبين خيار البيع؟، وتشبيهه بخيار الواهب أولى.

فرع: لو تلف الصداق قبل الطلاق، يرجع الزوج بنصف القيمة. ولو تلف بعد الإقلاب إلى الزوج بأفة سماوية؟.

قال المرازقة: لا ضمان عليها، وهو كما لو تلف الموهوب في يد المتهب بعد رجوع الواهب.

وقال العراقيون: هو مضمون عليها؛ لأنه عوض عن البضع الذي رجع إليها بالطلاق، فصار كالمبيع إذا تلف بعد الفسخ.

والمرازقة يقولون: إن الطلاق كالإعتاق، وهو تصرف معناه: تقرير النكاح، وقطع موجه؛ فليس يعود الشرط لعود البضع بخلاف البيع. ومساق الطريقتين يقتضى أن يكون الصداق مضمونًا في يدها لو تلف بعد الفسخ بالعيب. وكل فسخ يستند إلى أصل العقد والانفساخ برده بالطلاق أشبه؛ إذ لو كان رجوع المهر بطريق تراد العوضين، لرجع جميع الصداق إليه لا شرطه. ولو انفسخ بردها أو بسبب آخر لا يسند إلى العقد ولا يتشطر، وهو في محل الاحتمال والتردد، والله تعالى أعلم.

الفصل الثاني

في تغييرات الصداق التي توجب رد الحق إلى القيمة أو الخيار

والتغير: إما أن يكون بنقصان محض، أو بزيادة محضة، أو نقصان من وجه وزيادة من وجه:

أما النقصان المحض: فكالتعيب الحاصل في يدها قبل الطلاق، فلذلك يوجب الخيار بعد الطلاق؛ فللزوجة أن يطالب بنصف قيمة السليم. فإن رجع إلى عين الصداق، فعليه أن يقنع بالمعيب، بخلاف ما لو اشترى عبدًا بثوب، فرد العبد بالعيب والثوب معيب فإنه يطالب بالأرض ويأخذ الثوب. وهذا الفرق يمكن على طريق المرازقة؛ حيث لم يجعلوا الصداق مضمونًا في يدها. ولكن مع ذلك يشكل؛ فإنه لو تلف قبل الطلاق ضمنت القيمة؛ فمن هذا خرج بعض الأصحاب وجهًا أنه يطالب بأرض العيب، ويأخذ العين إن شاء.

هذا إذا تعيب في يدها، فإن تعيب في يد الزوج، فعليه أن يقنع بالمعيب؛ لأنه تلف

من ضمانه، إلا إذا كان بجناية أجنبي وأخذت الأرض، فإن له أن يسترد نصف الأرض؛ لأنه نحل عن الفات. وقال القاضي حسين: لا يرجع بالأرض؛ لأنه كزيادة منفصلة في حق المرأة، والفوات كان من ضمان الزوج، فلا يعتبر في حقه؛ لإقامة الأرض مقامه.

أما الزيادة المحضة: فالمنفصلة منها، كالولد واللبن والتمر، فتسلم لها، ولا حق للزوج فيها.

والمتصلة، تبطل حق الرجوع بالعين إلا برضاها. فإن منعت، غرمت قيمة النصف قبل ظهور الزيادة. وإن سمحت، أجبر الزوج على القبول، ولم يكن له الامتناع، حذرا من المنة؛ لأنه في حكم البائع. والمشكل: أن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع في الرد بالعيب، وكذلك ينبغي أن يكون في فسخ النكاح بالعيب، ولعل السبب فيه: أن الفسخ يرفع العقد من أصله بالإضافة إلى حينه، فلا يبقى حق في الزيادة. وأما هاهنا، فالزيادة حصلت على ملكها، والطلاق سبب مستأنف، لا استناد له إلى العقد، فإبطال حقها من الزيادة غير ممكن وعند هذا، ينبغي أن تلحق رده بالطلاق، وفي الانفساخ بردها تردد العراقيون؛ لأنه غير مستند إلى سبب في العقد.

أما إذا زاد من وجه، ونقص من وجه: فلكل واحد منهما الخيار. فإن أبى الزوج قبول العين، فله نصف القيمة. وإن أبت المرأة التسليم، كان على الزوج قبول نصف القيمة. ومثاله: أن يكون الصداق عبداً صغيراً، فكبر وترعرع، فالزيادة لقوته وكبره والنقصان لزوال طراوته، وكذا النخل إذا أرقلت ويسقت، لكن قل ثمرها، فهي زيادة في الجرم ونقصان في الفائدة. ولسنا نشترط في هذه الزيادة ما يزيد في القيمة، بل ما يرتبط به غرض صحيح؛ فإن العبد الكبير وإن لم تزد قيمته فإنه يصلح لأغراض لا يصلح لها الصغير.

ولتعلم أن الثمار في الأشجار، زيادة محضة. والحمل في الجارية، زيادة من وجه ونقصان من وجه. وفي البهائم زيادة من وجه، وهل فيه نقصان؟ تردّدوا فيه، والظاهر: أنه إن كان مأكولاً كان نقصاناً؛ لأنه يظهر أثره في اللحم لاسيما إذا تكرّر. والزرع في الأرض نقصان محض؛ إذ يبقى الزرع لها، وتكون الأرض ناقصة القوة. والحراثة في المزارع زيادة محضة، وفي مواضع البناء نقصان محض، والغرس في معنى الزرع.

هذه قاعدة الفصل، ويتهدب مقصوده برسم مسائل:

المسألة الأولى: لو أصدقها نخيلاً، فأثمرت في يدها، وطلقها قبل الجذاذ، فيعسر في هذه الصورة التشطير؛ إذ تبقى الثمار خالصة لها، وتصير الأشجار مشتركة. وإن ترك السقى، تضرر الثمر والشجر؛ لامتصاص الثمرة وطوبة الشجرة. وإن سقى، انتفع الثمر والشجر وليس الكل مشتركاً حتى يشتركا في السقى فلا يمكن فصل هذه الواقعة إلا بمساحة أحد الجانبين أو موافقة؛ فإنه لو أراد أن يأخذ نصف الأشجار، ويكلفها قطع الثمار في الحال، لم يلزمها؛ لأنها تستحق إبقاء الثمرة إلى الجذاذ. وكذلك لو كلفها هبة شطر الثمار منه ليكون الكل مشتركاً. وكذلك لا يمكنه أن يكلفها السقى؛ إذ ليس عليها أن تنفع نصيبه من الشجر، ولا ترك السقى؛ إذ يضر ثمرتها، وكذلك ليس لها أن تكلفه تأخير الملك إلى أوان الجذاذ، ولا أن يسقى، ولا أن يترك السقى؛ لما ذكرناه.

أما المساحة فلها صور:

إحداها: أن يقول الزوج: أرجع إلى نصف الشجر ولا أسقى، وإليك الخيرة: إن شئت فاسقى، وإن شئت فاتركي السقى. فلا تلزمها الإجابة؛ لأنها تضرر بترك السقى، وتنفع شجره بالسقى، وكذلك مساحتها على هذا الوجه لا تقتضي لزوم الإجابة.

الثانية: أن يقول الزوج: آخذ نصف الشجر وأسقى بنفسى، أو قالت المرأة: أرجع إلى النصف، وأنا ألزم السقى، ففي وجوب الإسعاف وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه اندفع العسر بالمساحة والالتزام.

والثاني: لا؛ لأنه وعد لا يلزم الوفاء به؛ ولأن المرأة ربما خافت على ثمارها بدخوله البستان، أو خاف على الشجر بدخولها.

فإن قلنا: يجاب، فلو رجع، وترك السقى، تبين أن الملك لم ينقلب إليه في النصف؛ لأنه كان موقوفاً على الوفاء بالوعد. وإن قلنا: لا يجاب، فتسلم القيمة. ثم إن وقى بالوعد، ففي رد القيمة والرجوع إلى العين تردد. والظاهر أنه لا يرد؛ إذ يبعد منع الحكم بعد إثباته.

الثالثة: أن تبادر إلى قطع ثمارها، وذلك يقطع العسر. فإن وهبت نصف الثمار منه حتى يصير الكل مشتركاً، ففي وجوب الإجابة وجهان، وجه المنع: ما فيه من المنة. ووجه الإيجاب: الضرورة. وهذه الضرورة لا تجرى في الأرض المزروعة؛ إذ الأرض لا تنتفع بالسقى، فإذا رجع في نصف الأرض، كان عليها السقى لخاص زرعها.

ويجوز هذا العسر فيما لو أصدقها جارية، فولدت، فطلقها، والولد رضيع؛ لأنه لو رجع إلى نصف الجارية تضرر الولد بقطع الرضاع. فإن قال: رضيت بأن تبقى مرضعة إلى الفطام، فهذا وجه المساعدة، ففي وجوب الإجابة وجهان.

وأما الموافقة فلها صورتان: إحداهما: أن يلتزم أحدهما السقي برضا صاحبه، فهذا تواعد منهما. فإن وفيا فذاك، وإلا تبين أن الملك لم يحصل في الشرط.

الثانية: أن يتراضيا على أن يأخذ الزوج نصف النخل، ولا يلتزم واحد منهما سقيا، بل يترك السقي، أو يسقي من شاء متبرعا. فلو ندم أحدهما، وقال: «أريد السقي» لم يمكن منه، بخلاف ما إذا التزم السقي، ثم ندم؛ لأن هذا إسقاط حق والتزام ضرار، فيلزم. وأما التزام السقي، فوعد لا يلزم قبل التسليم.

المسألة الثانية: إذا أصدقها جارية حاملاً، فولدت، ثم طلقها، فيرجع إلى نصف الولد إن قلنا: إنه يقابل بقسط من الثمن. وقيل: لا يرجع؛ لأن أكثر القيمة حصل بالانفصال في ملكها وهذه الزيادة حصلت في يدها، وهي لها ولا يمكن تمييز قيمة الجنين عن المنفصل؛ إذ لا قيمة للجنين. وإن قلنا: لا يقابله قسط من الثمن فنسلم الولد لها.

المسألة الثالثة: لو أصدقها حلياً وكسرت، وأعادت صنعة أخرى، فهو زيادة من وجه، ونقصان من وجه؛ فلها الخيار. فإن أعادت تلك الصنعة بعينها فهل لها الامتناع من تسليم النصف؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما إذا كانت سمينة فهزلت، ثم عادت سمينة. والثاني: لها المنع وهو اختيار ابن الحداد؛ لأنها زيادة حدثت باختيارها.

التفريع: إن قلنا: يرجع بنصف القيمة، فالصحيح: أنه يرجع بنصف القيمة مع الصنعة. وقيل: إنه يرجع إلى مثل نصف تبر^(١) من الحل، وزناً بوزن، ثم تغرم المرأة نصف أجرة الصنعة من نقد البلد.

المسألة الرابعة: لو أصدق الذمي زوجته حمراً، فقبضت، ثم أسلما، فانقلب خلا، فطلقها، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن الحداد أنه يرجع بنصف الخل. والثاني: أنه لا يرجع؛ لأن هذا مالية جديدة، ومالية الخمر قبلها لا تعتبر في الإسلام، فكيف يرجع فيها، وهو لا يرجع في زيادة منفصلة؟.

(١) [التبر]: فئات الذهب أو الفضة قبل أن يصاغ. انظر: المعجم الوسيط (١/٨١).

التفريع: إن قلنا: يرجع، فلو أتلفت الخل، ثم طلقها؟ قال الخضرى: يرجع. بمثل بنصف الخل؛ لأنه من ذوات الأمثال.

وقال ابن الحداد: لا يرجع بشيء؛ لأنه فى التلف ينظر إلى قيمة يوم الإصداق أو القبض، ولم يكن خلا ذلك اليوم حتى يجب مثله، ولا هو موجود فى الحال حتى يرد عينه.

ولو أصدقها جلد ميتة، فدبغته، فمنع الرجوع هاهنا أولى؛ إذ حصلت المألية باختيارها. فإن قلنا: يرجع، فقول ابن الحداد فى أنه لا يرجع عند التلف هاهنا أظهر؛ لأنه لا مثل له، فتعين قيمته يوم القبض، ولا قيمة له إذ ذاك.

المسألة الخامسة: لو أصدقها ديناً، ثم سلم، فطلق، فليس لها منعه من عين ما سلم وإن لم يكن متعيناً فى العقد؛ لأنه أقرب إلى حقه لا محالة. وقيل: إن لها الإبدال؛ فإن العقد لم يرد عليه بعينه.

المسألة السادسة: لو أصدقها تعليم القرآن، فلم يتفق حتى طلقها، فقد عسر التعليم، وبقي فى ذمته الشطر، وتعسر تعيين شطر القرآن؛ إذ صورته تختلف فى العسر واليسر وكذلك خياطة نصف الثوب تعسر إذا أصدقها الخياطة فلها نصف مهر المثل على قول ضمان العقد، وعلى القول الثانى: نصف أجرة الخياطة أو التعليم.

قاعدتان ينعطف حكمهما على المسائل

الأولى: أنا حيث أثبتنا الخيار من الجانبين، فلا نحكم بالملك قبل الاختيار وإن فرعنا على الأصح فى أن الصداق يتشطر بنفس الطلاق ولكن ننتظر ما يجرى من اختيار أو توافق. ولا يكون هذا الخيار على الفور، بل هو كخيار الرجوع فى الهبة، وإذا ثبت لها الخيار لم يسقط بالتأخير، بل للزوج المطالبة بحقه: إما القيمة، وإما العين. فإن أبست حبس القاضى عين الصداق عنهما، وامتنع تصرفها كما فى الرهن.

وإذا ثبت الخيار لها فى صورة الزيادة المتصلة، وأصرت على المنع، باع القاضى من نصف الصداق ما بقى بنصف القيمة دون تقدير الزيادة. فإن كان لا يشتري النصف بأكثر من نصف القيمة، فلا فائدة فى البيع، فالصحيح أنه يسلم إليه، ولكن لا يملكه ما لم يقض له القاضى به؛ لأنه يدرك بالاجتهاد. وفى نص الشافعى رضى الله عنه على هذا، غلط من غلط، حيث اعتبر القضاء فى أصل التشطير.

والثانية: إذا مست الحاجة إلى القيمة، فأى قيمة تعتبر؟

ينظر: إن تلف في يدها بعد الطلاق وقتلنا: إنه مضمون عليها، فيعتبر يوم التلف. أما إذا تلف من قبل، أو امتنع الرد إليه لعيب أو زيادة: فالواجب عليها أقل قيمة من يوم الإصداق إلى الإقباض؛ لأنه إن نقص قبل الإقباض، فهو من ضمان الزوج، فلا يحسب عليها، وإن كان يحتمل أن يقال: إن كان المانع هو الزيادة والعين قائمة تعتبر حالة التقويم، لكن قدرت الزيادة كالمفوت للرجوع.

الفصل الثالث في التصرفات المانعة من الرجوع

وفيه مسائل: إحداها: إذا زال ملكها بجهة لازمة من بيع، أو هبة، أو عتق امتنع الرجوع وتقرر القيمة.

وإن تعلق به حق لازم من غير زوال ملك، كرهن أو إجارة: فليس له الفسخ، وله طلب القيمة في الحال. فإن قال: أنتظر الفكك للرجوع، فلها إجباره على قبول القيمة خيفة من غرر الضمان إن قلنا: إن الصداق بعد الطلاق مضمون في يدها.

وإن قلنا: لا ضمان، أو أبرأها من الضمان حيث نصح الإبراء عن ضمان ما لم يجب فهل تلزمها الإجابة؟ فيه وجهان، ومنشؤهما: أن هذا وعد، وربما يبدو له المطالبة بالقيمة، وتخلو يدها في ذلك الوقت عن النقد. وإن قلنا: لا يلزمها الإجابة، فلو لم تتفق المطالبة حتى انفك، فهل له الآن التعلق بالعين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لا مانع. والثاني: لا؛ إذ المانع نقل حقه إلى القيمة، فلا ينقض بعده.

الثانية: لو أصدقها عبداً، فدبرته، ثم طلقها، نقل المزنى أنه تعين القيمة. فاختلف الأصحاب على ثلاث طرق:

منهم من قطع بأنه غلط؛ لأن التدبير لا يمنع إزالة الملك اختياراً، فكيف يمنع الرجوع قهراً؟. ومنهم من قرر النص، وقال: التدبير قريبة مقصودة، فلا يتقاعد عن زيادة متصلة مقصودة لا تؤثر في زيادة القيمة، فإنها تمنع الرجوع قهراً. ومنهم من قال: المسألة على قولين يبنيان على أن التدبير وصية أو تعليق؟.

فإن قلنا: تعليق، فيمتنع الرجوع؛ لأن إبطال التعليق بالتصريح به ممتنع، وهذا البناء ضعيف؛ فإن التعليق لا يمنع البيع، فكيف يمنع التشطير؟!

ثم اختلف المقررون للنص في أن صريح تعليق العتق، هل يكون كالتدبير؟ وأن الوصية بالعتق للعبد، هل تكون كالتدبير؟ وأن التدبير، هل يمنع الرجوع في الهبة

ورجوع البائع فى العوض المسترد عند رد المعوض بالعيب؟ والأظهر: أنه لا يمتنع.

الثالثة: إذا أصدقها صيداً والزوج محرم عند الطلاق فإن قلنا: إنه يحتاج إلى الاختيار، فهو كشراء المحرم الصيد، وفيه خلاف. وإن قلنا: ينقلب إليه، فهاهنا وجهان: أحدهما: أنه ينقلب إليه؛ لأنه ملك قهرى فهو كالإرث. والثانى: أنه كالشراء؛ لأن الطلاق إلى اختياره.

فإن قلنا: لا ينقلب، فيرجع إلى نصف القيمة وإن كان المانع من جهته. وإن قلنا: ينقلب، فكيف يجب إرسال نصف الصيد، أو كيف يمسك ونصفه لمحرّم؟ وفيه خلاف يُبنى على أن المقدم عند التزاحم: حق الله تعالى، أو حق آدمى، أم يتساويان؟ فإن قدمنا حق الله وجب على الزوج الإرسال، وغرم قيمة نصيبها. وإن قلنا: حق آدمى، بقى ملكاً للمحرّم للضرورة. وإن قلنا: يتساويان فإليهما الخيرة، فإن أرسله الرجل برضاها غرم لها، وإلا بقى مشتركاً.

الرابعة: إذا زال ملكها بعيب أو هبة لازمة ثم عاد، فهل يمتنع الرجوع؟ فيه قولان، مأخذهما: أن الزائل العائد، كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد؟ وإن كان الطارئ هو الرهن والإجارة، فإذا زال لم يمتنع الرجوع.

وترددوا فى الكتابة والتدبير، والصحيح: أيهما بعد الانقطاع لا يمنعان الرجوع عند الطلاق.

الفصل الرابع فيما لو وهبت الصداق من زوجها، ثم طلقها

ونقدم عليه مقدمتين:

إحدهما: أن الله تعالى قال: ﴿فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة: ٢٣٧].

أما عفوهن، فمعلوم أنه يوجب سقوط حقهن عن النصف الباقي، إذا كان الصداق فى الذمة.

أما الذى بيده عقدة النكاح، فقد اختلفوا فيه: فمذهب ابن عباس وهو القول القديم أن المراد به الولى دون الزوج^(١)؛ لأنه ذكر الأزواج بصيغة المخاطبة، فقال: ﴿فنصف ما

(١) ورد عن ابن عباس القولين - الزوج، والولى إذا كانت محجورة. قال ابن كثير فى تفسير هذه الآية (٢٨٩/١): قال ابن أبى حاتم: ذكر عن ابن لهيعة حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن-

فرضتم...». وهذا بصيغة المغاية؛ ولأنه عطف على عفوها، فليحمل على من يوجب عفوهِ سلامة الصداق له.

ومذهب على وابن جريح وابن المسيب، رضى الله عنهم، أن المراد به الزوج وهو الجديد؛ لأنه ذكر عفوها الموجب لخلوص الجميع له. ثم ذكر عفوهِ الموجب لخلوص الجميع لها. وهذا يؤيد قول الحاجة إلى الاختيار، ولأنه قال: ﴿أقرب للتقوى﴾. وعفو الولي، لا يوصف بذلك.

التفريع: إن منعنا عفو الولي وهو القياس فلا كلام. وإن أثبتنا عفوهِ، فهو مقيد بخمس شرائط:

- أن يكون الولي مجبراً، كالأب والجد.

- وأن لا تكون مالكة أمر نفسها.

— حده عن النبي ﷺ قال: «ولّى عقدة النكاح الزوج» وهكذا أسنده ابن مردويه من حديث عبد الله بن لهيعة به. وقد أسنده ابن جرير عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ ذكره ولم يقل عن أبيه عن حده. قاله أعلم أ. هـ.

ثم ذكر ابن كثير من طريق ابن أبي حاتم أن ابن عاصم قال: سمعت شريكاً يقول: سألتني على ابن أبي طالب عن الذى بيده عقدة النكاح فقلت له: هو ولّى المرأة فقال على: «لا بل هو الزوج». ثم قال: وفى إحدى الروايات عن ابن عباس وجبير بن مطعم وسعيد بن المسيب وشريح فى إحدى قوليه وسعيد بن جبيرة ومجاهد والشعمى وعكرمة ونافع ومحمد بن سيرين والضحاك ومحمد بن كعب القرظى وجابر بن زيد وأبى مجلز والربيع بن أنس وإياس بن معاوية ومكحول ومقاتل بن حيان أنه [الزوج].

قال ابن كثير: «وهذا هو الجديد من قولى الشافعى ومذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وابن شبرمة والأوزاعى واختاره ابن جرير. ومأخذ هذا القول أن الذى بيده عقدة النكاح حقيقة الزوج فإن بيده عقدها وإبرامها ونقضها وانهدامها، وكما أنه لا يجوز للولى أن يهب شيئاً من مال المولية للغير فكذلك فى الصداق. قال: والوجه الثانى حدثنا - وذكر السند إلى - عن ابن عباس فى الذى ذكر الله بيده عقدة النكاح، قال: «ذلك أبوها أو أخوها أو من لا تكح إلا بإذنه» - وذكر أنه روى عن جماعة من التابعين منهم فى أحد أقوالهم، وهذا مذهب مالك وقول الشافعى فى القديم. ومأخذ: أن الولي هو الذى أكرمها إياه فله التصرف فيه بخلاف سائر مالها. وهذا مروى عن عكرمة، وعن شريح لكن أنكر عليه الشافعى فرجع عن ذلك وصار إلى أنه الزوج وكان يباهل عليه. أ. هـ.

انظر: نص الحديث الأول أخرجه البيهقى (٢٥١/٧)، الدارقطنى (٢٧٩/٣)، عبد الرزاق (٢٨٣/٦).

- وأن يكون قبل الميسس، فأما ما بعده تعطيل لحقها.

- وأن يكون بعد الطلاق لا قبله. فإن كان معه بأن اختلعا بالمهر ففيه تردد، والأظهر: أنه كالتأخر.

- وأن يكون الصداق ديناً؛ إذ لفظ العفو إنما يستعمل فيه لا في العين. وقال الشيخ أبو محمد: العين في معنى الدين في حكم القياس والمصلحة؛ لأنه جوز رخصة؛ لتخليصها إذا مست الحاجة إليه. ثم اختلف الأصحاب في ثلاث مسائل:

إحداها: أنه هل يعفو عن مهر الصغيرة المجنونة؟ فقيل: نعم؛ للعموم. وقيل: لا؛ لأن الغرض تخليصها لتتزوج غيره، وهذه لا يرغب فيها.

الثانية: البكر البالغ، قيل: يعفو عن مهرها؛ للعموم. وقيل: لا؛ لأنها مالكة أمر نفسها، وعلى هذا ينبغي أن الولي، هل يستقل بقبض صداقها؟ وكأن من جوز ذلك، سحب ولايته على عوض البضع؛ لتعلقه بالبضع.

الثالثة: البكر الصغيرة، إذا زوجت وثابت في صلب النكاح بوطء شبهة، فالظاهر: أنه ليس للولي العفو؛ لأن عقدة النكاح ليست بيده الآن.

المقدمة الثانية: في ألفاظ العفو. إذا كان الصداق ديناً: يسقط بلفظ «العفو» و«الإبراء»، ولا يحتاج إلى القبول على الصحيح. ولو قالت: «وهبت» فهل يفتقر إلى القبول؟ فيه وجهان. وإن كان عيناً لم يسقط بلفظ «الإبراء» وإن قبل. وفي لفظ «العفو» تردد، والأشهر: أنه كلفظ «الإبراء». وقال القاضي: يكفي ذلك في الصداق خاصة؛ للعموم الآية.

رجعنا إلى المقصود، فنقول: في رجوع الصداق إلى الزوج قبل الطلاق خمس صور: إحداها: أن يكون بمعاوضة فإذا طلق، رجع إلى القيمة، سواء كان محاباة أو بثمن المثل.

الثانية: أن يرجع بهبة، وهل يمنع الرجوع بالقيمة عليها؟ فيه قولان.

الثالثة: أن يكون ديناً، ورجع بالإبراء فطريقان:

- منهم من قطع بأنه لا يرجع بالقيمة.

- ومنهم من قال: قولان.

الرابعة: أن يكون بهبة الدين، وفيه قولان مرتبان، وأولى بالرجوع.

الخامسة: أن يكون بهبة الدين المقبوض، وفيه قولان مرتبان، وأولى بأن يرجع.

توجيه أصل القولين

من قال: «لا يرجع»، جعل هبة الصداق كتعجيل رده إليه قبل الطلاق. ومن قال: «يرجع» أنكر أن تكون الهبة تعجيلاً؛ إذ لو صرح بالتعجيل لم يصح، بل الهبة سبب مستأنف لا يغير حكم الطلاق. وترتيب الإبراء على الهبة، سببه: أن الإبراء يضاهي الإسقاط من وجه، ولكن لا يشترط فيه القبول في ظاهر المذهب ويجرى القولان في الفسوخ، وكل جهة تقتضى الرجوع إلى عوض، حتى لو باع عبداً بجارية، فوهب منه العبد، ثم أراد رد الجارية بالعيب: لم يجوز له طلب قيمة العبد على هذا القول، ويمتنع بسببه رد الجارية عند بعضهم؛ لِغُرُوءِهِ عن الفائدة.

فرعان: أحدهما: لو وهبت من الزوج نصف الصداق، ثم طلقها؟ فإن قلنا: الهبة لا تمنع الرجوع، فله الرجوع بالنصف. وفي كيفيته ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يرجع إلى النصف الباقي ليخلص له الكل، وانحصر هبتها في نصيبها، وهو المستيقن، وهذا يعرف بقول الحصر.

والثاني: أنه يرجع إلى نصف الباقي، وربيع قيمة الجملة؛ إذ لا بد من الإشاعة؛ فإن الحصر تحكم.

والثالث: أن الإشاعة حق، ولكن تؤدي إلى تبعض حق الزوج، فله الخيار، إن شاء طلب قيمة النصف، وإن شاء رجع إلى نصف الباقي وربيع قيمة الجملة.

وتجرى الأقوال فيما لو أصدقها أربعين من الغنم، فأخرجت واحدة للزكاة، ثم طلقها، ففي قول: يرجع إلى عشرين من الباقي، وتنحصر زكاتها، في نصيبها. وفي قول: يرجع إلى نصف الباقي وبقيّة القيمة.

وفي قول: يتخير بين ذلك، وبين قيمة العشرين. وكذلك تجرى فيما لو وهبت النصف من الأجنبي.

أما إذا فرعنا على أن الهبة تمنع الرجوع، فإن قلنا بالحصر:

فمنهم من حصر الهبة في جانبها، وأثبت للزوج الرجوع بالنصف الباقي ليخلص له الكل.

ومتهم من حصر الهبة في جانب، وجهل الموهوب كأنه المعجل، فلا يبقى له حق في التشطير، فكأنه عجل ما يستحق من النصف بالطلاق قبل المسيس.

وإن قلنا بالإشاعة، رجع إلى النصف الباقي، وهو ربع الجملة. ولا يجرى قول الخيار؛ لأننا على هذا القول - نعى على قول منع الرجوع - جعلناها معجلة للربع، فيضاف الربع الباقي إليه.

الفرع الثاني: إذا اختلعت المرأة قبل المسيس بعين الصداق، فينبغي أن تقسول: «اختلعت بالنصف الذي يبقى لي»، فإن قالت: «اختلعت بالنصف» مطلقاً، فعلى قول الحصر: ينحصر في نصفها، ويصير كما لو صرحت بما يبقى لها، وعلى قول الشيوخ: يفسد نصف العوض، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة. فإن جوزنا تفريق الصفقة سلم للزوج من الصداق ثلاثة أرباعه: نصف بحكم التشطير، وربع بحكم الخلع، ويرجع إلى قيمة الربع الباقي، أو إلى نصف مهر المثل؛ لأن ربع الصداق، هو نصف عوض الخلع، وفيه القولان المذكوران في فساد الصداق.

الفصل الخامس: في المتعة

وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. فهي واجبة عندنا وعند أبي حنيفة رحمه الله. وقال مالك: إنها مستحبة.

والنظر في: محل وجوبها، وقدرها. أما المحل، فالنظر في المطلقات وأنواع الفراق. وأما المطلقات، فثلاثة أقسام:

أحدها: المطلقة المفوضة، وهي تستحق المتعة مهما طلقت قبل الفرض والمسيس؛ إذ ليس لها نصف مهر، وفيها ورد القرآن.

الثانية: مطلقة استحققت شطر المهر قبل المسيس، فلا تستحق المتعة؛ لأنهما كالمتعاقين في نص القرآن.

الثالثة: وهي التي استقر مهرها بالمسيس، ففيها قولان:

أحدهما: لا تستحق؛ إذ سلم لها جميع المهر. والثاني: تستحق؛ لأن جميع المهر في مقابلة البضع، فكأنها لم تستحق للابتذال شيئاً.

وأما أنواع الفراق: ففي معنى الطلاق فراق اللعان؛ لأنه يتعلق بمجرد لعانه، وكذا رده. وكل فراق مُشطر للمهر فيوجب المتعة إذا لم يشطر.

وأما ما يُسند إليها - كفسخها بعيه، أو فسخه بعيها - فلا يوجب المتعة. ونقل
المزني في فسخها بجبه: أنه يثبت المتعة، واتفقوا على تغليظه.

وأما الخلع، فقد ترددوا فيه من حيث إنه مشطر، ولكنه يتعلق برضاها وجانبها.

وأما ما لا يتعلق بالجائنين كالانفساخ برضاع محرم فيوجب المتعة؛ لأنها تأدت
بالفراق وإن لم يؤدّها الزوج، وكان المتعة جبر لأذى الفراق، إذا لم يجبر بالمهر.

وأما المتوفى عنها زوجها، فلا خلاف في أنها لا متعة لها، لأنها متفجعة، لا
مستوحشة.

النظر الثاني: في قدرها. وفيه وجهان:

أحدهما: أن أقل ما يتمول به. يعني فلا تقدير فيه. والثاني: أنه يجتهد فيه لقاضي،
فما يراه لائقاً بالحال، يُقدره. وقيل: ينظر القاضي إلى حاله في اليسار والإعسار.
وقيل: بل إلى حالها ومنصبها.

والصحيح: أنه ينظر إليهما جميعاً. وقال الشافعي رضي الله عنه: «يفرض القاضي
لها مقنعة أو خاتماً أو ثوباً».

والأصل: أنه لا ضابط فيه إلا الاجتهاد كما في التعزيرات، فإنها على قدر الجنایات،
وعلى قدر أخلاق الجنّة في الغرامة والسّلامة.

ثم لا يزداد في المتعة على نصف المهر؛ كما لا يزداد التعزير على الحد. ثم إن لم يكن
في النكاح مهر، فمرد المتعة إلى نصف مهر المثل، فلتنقص عنه.

الباب الخامس: في النزاع في الصداق

وفيه مسائل خمس:

الأولى: إذا تنازعا في مقدار الصداق، أو جنسه، أو صفته كما وصفناه في البيع
تحالفاً. وإن كان بعد الموت، جرى التحالف مع الوارث، لكن الوارث النافي يحلف
على نفى العلم، والمثبت يحلف على البت. وكذلك يجري التحالف بعد ارتفاع النكاح؛
لأن الصداق مستقل بنفسه. وقائدة التحالف فيه: انفساخ الصداق، والرجوع إلى مهر
المثل على الأقوال كلها؛ لأن منشأ التحالف الجهل بمقدار الصداق، فلا يمكن الرجوع
إلى القيمة. وقال ابن خيران: وإذا كان ما تدعيه المرأة أقل من مهر المثل، فلا ترجع إلى
مهر المثل، بل يكفيها ما تدعيه. وهو بعيد؛ لأن رجوعها إلى المهر بمجة الفسخ يخالف
جهة الدعوى.

ولو ادعت المرأة التسمية، وأنكر الزوج أصل التسمية: تحالفوا. وإنما يفيد ذلك إذا ادعت زيادة على مهر المثل. وفيه وجه: أن القول قوله؛ لأن الأصل عدم التسمية. وهو ضعيف؛ لأن حاصل النزاع يرجع إلى أن الثابت مهر المثل أو أكثر.

الثانية: لو اعترف الزوج بالنكاح، وأنكر أصل المهر، أو سكت عنه؟ قال القاضي: لها مهر المثل، ولكن تحلفها؛ لأن الظاهر معها، وزاد فقال: لو قال: هذا الصبي ابني من فلانة، فلها مهر المثل إن حلفت؛ لأن الظاهر أن الولد يكون من وطء محترم؛ فإن استدحال الماء بعيد. وما ذكره فيه نظره؛ لأن هذا يدل على أصل المهر، فاما مقداره فلا يدل عليه، فإن إنكاره أصل المهر أبلغ من إنكاره بعض المهر، وذلك يوجب التحالف، نعم ما ذكره يُستمد من مذهب أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: لو تنازعا، وكان ما تدعيه المرأة مقدار مهر المثل، فالقول قولها، ولا تحالف. ونحن لا ننظر إلى ذلك.

الثالثة: لو تنازع الزوج وولي الصبية في مقدار المهر، هل يتحالفان؟ فيه وجهان، ووجه تحليف الولي أنه مقبول الإقرار فيه، فلا يبعد أن يحلف، وحيث لا يقبل إقراره فلا يحلف.

ويجوز هذا الخلاف في الوصي والقيم والوكيل فيما يتعلق بإنشائهم. أما إذا ادعى الولي على إنسان أنه أتلف مال طفل، فنكل المدعي عليه: فالظاهر أنه لا ترد اليمين على الولي؛ لأنه لا يتعلق بإنشائه، ولكن لا يقضى بنكوله عليه، ويتوقف إلى بلوغ الصبي حتى يحلف. وعن هذا قال بعضهم لا تعرض اليمين عليه، بل يتوقف في أصل الخصومة، لأنه لا يعجز عن النكول. ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على الولي هاهنا أيضا. فلو نكل، هل يُقضى على الطفل بنكوله، أم له أن يحلف بعد البلوغ؟ فيه وجهان.

الرابعة: لو ادعت ألفين في عقدتين، أحدهما يوم الخميس، والآخر يوم الجمعة وأقامت البينة: استحققت، وحمل على تحلل الطلاق. فإن ادعى الرجل أن الطلاق قبل المسيس ليسقط النصف وما أقامت بينة على المسيس؟ قلنا له: النكاح مثبت للكل، وعليك بيان المسقط.

الخامسة: لو كان في ملك الرجل أبوها وأمه، فأصدقها أحدهما على التعيين، لكن تنازعا، فقالت المرأة: أصدقني الأم. وقال الزوج: أصدقك الأب: تحالفا. وفيه وجه: أنهما لا يتحالفان؛ لأن الصداق عقد مستقل بنفسه ولم يتفقا على صداق واحد، فهو كما لو قال: «بعتي الجارية بدينار» فقال: «بل بعتك العبد بدينار» فإنهما لا يتحالفان.

وهذا ضعيف؛ لأن الصداق له حكم الأعواض.

ثم لو تحالفا، رجعت إلى مهر المثل، ورقت الأم، وعتق الأب على الزوج بإقراره ولا يرجع إليها بقيمته؛ لأنها منكورة، وولاؤه موقوف؛ إذ لا مدعى له.

ولو حلف الزوج، ونكلت المرأة: رقت الأم، وحكم بأن الصداق هو الأب وعتق، ولا ولاء لها؛ لإنكارها.

أما إذا قال الزوج: «أصدقتك الأب ونصف الأم» وقالت: «بل أصدقتهما جميعاً»، فإذا تحالفا، رجعت إلى مهر المثل وعتق الأب؛ لأنه متفق عليه، وعليها قيمته، وعتق نصف الأم، والباقي يعتق بالسراية إن كانت موسرة.

وقد تم كتاب الصداق، ونردفه بباب في الوليمة والنثر على ترتيب الشافعي رضي الله عنه وفيه فصول ثلاثة:

الوليمة والنثر^(١)

الفصل الأول: في وجوبها، ووجوب الإجابة

فنقول: الوليمة عبارة في اللغة عن مأدبة، سببها سرور، من ختان، أو قدوم، أو إملاك. لكننا نريد به مأدبة العرس؛ فإن الأمر فيه مؤكد؛ كان رسول الله ﷺ لا يترك الوليمة، في حضر ولا سفر. وأولم على صفية بسويق وتمرفى السفر^(٢). وقال لعبد الرحمن بن عوف: «أولم ولو بشاة»^(٣).

وقال الشافعي رضي الله عنه في سائر الدعوات: «من تركها لم يبن لي أنه عاص

(١) [الوليمة]: كل طعام صنع لعرس وغيره. جمع: ولائم.
[النثر]: من: نثرت، ونثراً: رمى به متفرقاً، [والنثار]: ما نثر في حفلات السرور من حلوى أو نقود. يقال: ما أصبت من النثار شيئاً، انظر: المعجم الوسيط (٢/٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٧، ١٠٥٧).
(٢) حديث [أولم على صفية بسويق وتمرفى السفر] أخرجه عن أنس: أبو داود (٣٧٤٤)، الترمذي (١٠٩٥)، الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٤٩)، ابن ماجه (١٩٠٩)، أحمد (٢/١١٠)، ابن حبان (١٤٥/٦).

(٣) حديث [أولم ولو بشاة] رواه عن أنس رضي الله عنه مرفوعاً: البخاري (١٢/١)، ٨٨، ٣٩/٥، ٣١/٧، ١٠٢، ٢٧/٨، مالك (٥٤٥)، ابن الجارود في المتقى (٧٢٦)، مسلم (النكاح ٧٩، ٨٠، ٨١)، الترمذي (١٩٣٣، ١٠٩٤)، النسائي (٦/١٢٠)، أبو داود (٢١٠٩)، ابن ماجه (١٩٠٧)، أحمد (٣/١٦٥، ١٩٠، ٢٠٥، ٢٧١)، الدارمي (٢/١٤٣)، البيهقي (٧/١٤٨، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٥٨، ١١٦/٩)، الطبراني (١/٢٢٦، ٣١/٦)، الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٥٢).

كما تبين لى فى وليمة العرس». فاختلف الأصحاب: فمنهم من قال: فيه قولان. ومنهم من قطع بأنه لا تجب، وحمل الأمر على الاستحباب، وحمل كلام الشافعى رضى الله عنه على ترك الإجابة إلى الوليمة. ومنهم من قطع بأن الإجابة أيضاً لا تجب، وحمل قوله عليه الصلاة والسلام: «من لم يجب الداعى، فقد عصى أبا القاسم»^(١) على أنه عصى فى سيرته والاقتداء بحاسن أخلاقه؛ إذ قال ﷺ: «لو أهدى إلى ذراع لقبلت، ولو دعيت إلى كراع لأجبت»^(٢).

ثم إن قلنا: تجب الإجابة، فيسقط الوجوب بأعذار:

الأول: أن يكون فى الدعوة شىء من المنكرات. فإن كان يهاب ويرتفع ذلك بحضوره، فليحضر، وإلا فليمتنع. فإن حضر، ورأى ذلك ولم يقدر على التغيير، فليخرج؛ إذ الإقامة فى مشاهدة المنكرات حرام.

الثانى: أن يكون فى البيت المدعو إليه صورة مصورة للحيوانات، أو على السطور والسقوف؛ فإن ذلك حرام. ولا بأس بصور الأشجار. وأما صورة الحيوانات، فلا يعفى عنها إلا على الفرش وما تحت الأقدام؛ لا المنصوبة على صور الأصنام. والوسادة الكبيرة فى الصدر، فى حكم المنصوب. وقد روت عائشة رضى الله عنها أنه ﷺ رأى فى داره سترة عليها صور، فكان يدنو منها وينصرف، فعل ذلك مراراً، ثم قال: «حطيتها، واتخذنى منها غمارق»^(٣). ولا يجوز لبس الثياب وعليها صور الحيوان، لا

(١) الحديث: عن أبى هريرة مرفوعاً بلفظ: [شر الطعام الوليمة. يمنعها من يأتيها ويُدعى إليها من يأبأها. ومن لم يجب الدعوة، فقد عصى الله ورسوله] أخرجه مسلم (النكاح ١١٠)، أحمد (٦١/٢)، البيهقى (٢٦٢/٧)، الزبيدى فى إتحاف السادة (٢٤٤/٥)، الحميدى فى مسنده (١١٧٠، ١١٧١)، الألبانى فى الصحيحة (١٠٨٥)، وآداب الزفاف (٧٢، ٧١).

وأخرجه عن أبى هريرة أيضاً بلفظ [من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله] البخارى (٥١٧٧) هذا ولم أجد الحديث بلفظ [فقد عصى أبا القاسم].

(٢) الحديث أورده المصنف مقلوب المتن، وهو عند البخارى (٥١٧٨) عن أبى هريرة مرفوعاً [لو دعيت إلى كراع لأجبت، ولو أهدى إلى ذراع لقبلت] وأخرجه أحمد (٤٢٤/٢، ٤٨١، ٥١٢)، البيهقى (١٦٩/٦، ٢٧٣/٧)، الهيثمى (١٤٦، ٥٣/٤، ٢١/٩)، الطبرانى (١٢٠/١١)، ابن حجر فى تلخيص الحبير (٧٠/٢)، فتح البارى (١٩٩/٥، ٢٤٥/٩)، العوى فى شرح السنة (١٤١/٩)، التبريزى (١٨٢٧)، الزبيدى (٢٤١/٥، ٩٩/٧).

وعن ابن عمر مرفوعاً [إذا دعيتم إلى كراع فأجيبوا] أخرجه مسلم (النكاح ١٠٤).

(٣) الحديث بلفظ المصنف أخرجه الزبيدى فى إتحاف السادة للثقلين (٤٣٠/٥).

قلت: والحديث الصحيح ينهى عن اتخاذها غمارق كما أخرجه البخارى (٥١٨١) عن عائشة=

للرجال ولا للنساء. وأما نسيج تلك الثياب، فجوزها الشيخ أبو محمد؛ لأنه ينتفع به في الفرش، إلا أن الظاهر تحريم ذلك؛ لعموم الحديث، حيث قال: «يحشر المصورون يوم القيامة، ويقال لهم: انفخوا الروح فيما خلقتهم، وما هم بنافخين، ولا يخفف عنهم العذاب»^(١). نعم، لا يبعد أن يقال: ما اتخذوه يجوز أن يوطأ بالأقدام، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة»^(٢). والظاهر أن الدخول مكروه، ومنهم من حرم ذلك.

الثالث: لو أحضر أقواما من الأراذل والسفلة، وكانت مجالستهم تزرى بمنصبه ومروءته، فالظاهر أنه لا تجب الإجابة.

الرابع: أن الصوم ليس بعذر، بل يحضر. فإن صام عن فرض أمسك. وإن كان عن نفل أفطر، إلا إذا علم أنه لا يعز على الداعي إمساكه، فعند ذلك يمسك أيضا.

وحيث تجب الإجابة، فإنما تجب إذا قصده الداعي، فإن قال لغلامه: «ادع من شئت» فلا تجب على من دعاه الغلام الإجابة.

ولو دعا جماعة ولم يقصد الآحاد سقط الوجوب بحضور جماعة، كرد السلام.

«زوج النبي ﷺ أنها أخبرته أنها اشترت غمقة فيها تصاوير، فلما رآها رسول الله ﷺ قام على الباب فلم يدخل، فعرفت في وجهه الكراهية، فقلت: يا رسول الله، أتوب إلى الله وإلى رسوله، ماذا أذنبت؟ فقال رسول الله ﷺ: [ما بال هذه الغمقة؟] قالت: فقلت: اشتريتها لك لتعبد عليها وتوسدها، فقال رسول الله ﷺ: «إن أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة، ويقال لهم أحيوا ما خلقتهم» وقال: [إن البيت الذي فيه صور لا تدخله الملائكة] وأخرجه مسلم (الباس ٩٦)، مالك (٩٦٦)، النسائي (٢١٦/١)، أحمد (١٠١/٢، ١٠١/٦، ٢٤٦، ٨٠/٦)، البيهقي (٢٦٧/٧)، البغوي في شرح السنة (١٤٧/٩).

(١) الحديث الذي أورده المصنف له ألفاظ أخر كثيرة وصحيحة تعطى نفس المعنى منها [من صور صورة في الدنيا كلف أن ينفخ فيها الروح] ولفظ البخاري [من صور صورة فإن الله معذبه حتى ينفخ فيها الروح] أخرجه الثاني البخاري (١٠٨/٣)، التبريزي (٤٥٠٧)، ابن حجر في فتح الباري (٤١٦/٤).

واللفظ الأول: أخرجه: البخاري (٢١٧/٧)، مسلم (الباس ١٠٠)، المتقى في كنز العمال (٩٣٧٩)، الطبراني (٢٠٤/١٢)، ابن أبي شيبة (٢٩٧/٨)، النسائي (٢١٥/٨)، البيهقي (٢٧٠، ٢٦٩/٧)، عن ابن عباس مرفوعًا.

(٢) سبق تخريجه وذكره كاملا البخاري (٥١٨١).

الفصل الثاني: في الضيافة

وفيه مسائل: الأولى: أنه لا يعين طعاماً في الضيافة، بل الخيرة إلى المضيف، لكن في الوليمة يتبغى أن يتخذ ما يليق بمنصبه وحاله.

الثانية: أنه لا يفترق إلى تصريح بالإباحة بعد إحضار الطعام. وقيل: لا بد من لفظ كقوله: كلوا أو الصلاة.

الثالثة: الضيف يأكل ملك الغير بطريق الإباحة، وله الرجوع. وقيل: إنه يملك، لكن يختلفوا في وقته. منهم من قال: عند رفع اللقمة، وقيل: عند الوضع في الفم، وقيل: عند المضغ، وقيل: عند الازدراء نتيين أنه يملك مع الازدراء، وقيل: لا يملك أصلاً. وإنما هذه الترددات في وقت امتناع الرجوع عن الإباحة، والقياس أنه لا يملك، ولا يمتنع الرجوع إلا بالقوات.

الرابعة: زلة الصوفية حرام^(١)، إلا إذا علم يقيناً بقربة الحال رضا المالك، فإن تردد فيه، فالظاهر التحريم.

الفصل الثالث: في نثر السكر والجوز

وفيه مسائل: إحداها: أن النثر والانتقاط، كلاهما مباحان؛ لما روى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ حضر إملاًكاً، فقال: «أين أطباقكم؟» فأتى بأطباق عليها جوز، ولوز، وممر، فنثرت، قال جابر: فقبضنا أيدينا، فقال ﷺ: «ما لكم، لا تأخذون؟!» فقالوا: لأنك نهيتنا عن النهي^(٢). فقال: «إنما نهيتكم عن نهبي العساكر، خذوا على اسم الله تعالى، فجادبنا وجادبناه»^(٣). قال الشافعي رضي الله عنه: «ترك ذلك أحب

(١) يقصد بزلة الصوفية: تطفله ودخوله إلى الوليمة من غير دعوة عامة أو خاصة.

(٢) [النهب]: الغارة. والغرض المعرض للإصابة. يقال: أصبح فلان نهياً للسلب أو الطعن، أو المرض. والنهب: الغنيمه. والنهب: للنهوب، وهي [النهية]، انظر: المعجم الوسيط (٢/٩٥٦).

(٣) الحديث: أخرجه: البيهقي (٢/٢٨٨)، الشوكاني في الفوائد المجموعة (١٢٤)، ابن الجوزي في الموضوعات (٢/٢٦٥، ٢٦٦)، السيوطي في اللآلئ المصنوعة (٢/٩١)، الذهبي في ميزان الاعتدال (١١٨١)، ابن حجر في لسان الميزان (٢/٦٦)، تلخيص الحبير (٣/٢٠٠)، فتح الباري (١٢/٦٣)، قال الشوكاني في نيل الأوطار (٦/١٨٥): أحاديث النهي عن النهي ثابتة عن النبي ﷺ من طريق جماعة من الصحابة في الصحيح وغيره وهي تقتضي تحريم كل انتهاب ومس جملة ذلك انتهاب النثار ولم يأت ما يصلح لتخصيصه ولو صح حديث جابر الذي أورده الجويني وصححه وأورده الفزالي والقاضي حسين من الشافعية لكان تخصصاً لعموم النهي ولكنه لم يثبت عند أئمة الحديث المعبرين حتى قال الحافظ: إنه لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح.

إلى». وإنما فعل رسول الله ﷺ للرخصة وبيانها^(١)، فلا نقول: إنه مكروه، ولكن رعا يؤثر الناصر بعض الناس دون بعض، فتركه أولى.

الثانية: ما وقع في الأرض، فالحاضرون فيه سواء، ويملكه من يتدره، ومن تثبت يده على شيء منه، فلا يسلب، بل هو كالصيد.

الثالثة: لو وقع في حجر إنسان وقد بسطه لذلك ملكه. فإن سقط منه، فهل لغيره أخذه؟ فيحتمل أن يقال: له ذلك، وقرار أمره موقوف على استقراره في يده.

أما إذا لم يبسطه لذلك، فلغيره أخذه؛ كما إذا عشب الطائر في داره، ثم طار. أما إذا وقع الصيد في الشبكة، ثم أفلت، فالظاهر: أن ملكه لا يزول. وفيه وجه: أنه في العرف لا يعد مستقراً.

* * *

والجويني وإن كان من أكابر العلماء فليس هو من علماء الحديث وكذلك الغزالي والقاضي حسين وإنما هم من الفقهاء الذين لا يميزون بين الموضوع وغيره كما يعرف من له أنسة بعلم السنة وإطلاع على مؤلفات هؤلاء. ولفظ حديث جابر عندهم وذكر اللفظ الذي ذكره المصنف وقال: ولكنه قد روى هذا الحديث البيهقي من حديث معاذ بن جبل بإسناد ضعيف منقطع، ورواه الطبراني من حديث عائشة عن معاذ وفيه بشر بن إبراهيم المفلوح قال ابن عدي: هو عندي ممن يضع الحديث. وساقه العقيلي من طريقه ثم قال: لا يثبت في الباب شيء. وأورده ابن الجوزي في الموضوعات. وأورده أيضاً من حديث أنس وفي إسناده خالد بن إسماعيل قال ابن عدي: يضع الحديث وقال غيره: كذاب. ا. هـ.

(١) ثبت أن حديث جابر ضعيف وأن الذي ثبت عنه ﷺ هو النهي عن النهية في أحاديث عامة لم تخصص بحديث جابر لضعفه ولم يثبت غيره بمسند صحيح يخص أو ينسخ. وهذا يوجب العمل بالعام، وهو ما رواه البخاري عن عبد الله بن يزيد الأنصاري قال: [نهى النبي ﷺ عن النهي والمثلة البخاري (٢٤٧٤)، وانظر حديث أبي هريرة بعده (٢٤٧٥)].

وأخرجه أيضاً: البيهقي (٣٢٤/٦)، أحمد (٣٣٥، ١٤٠/٣)، (٢٠٧/٤)، الهيثمي (٣٣٧/٥)، (٢٤٩/٦)، البغوي في شرح السنة (٢٢٧/٨)، ابن عدي في الكامل (١٨٩٥/٥)، المتقى في كنز العمال (١١٠٦٩، ١١٠٧٠)، مسائل أحمد بن حنبل لأبي داود (٢٠٨)، الألباني في الصحيحة (١٦٧٣).

كتاب القسم^(١) والنشوز^(٢)

وفيه مقدمة، وستة فصول:

أما المقدمة

فهى أن الحق فى النكاح مشترك بين الزوجين، وإن كان بينهما تفاوت؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] إذ لهن النفقة، والكسوة، والمهر، والقسم، كما لهم عليهن الاستعداد للاستمتاع، والتمكين، والطاعة، ولزوم قعر البيت، حتى يمنعها عن زيارة الوالدين، وتشجيع جنائزهما وعبادتهما، وإن كان الأولى أن يرخص فى ذلك؛ كيلا يردى إلى الوحشة وقطيعة الرحم.

ولكن ليس للمنفرده فى النكاح مطالبة الزوج بالمبيت عندها، ولا بالوقاع؛ اكتفاء بدواعى الطبع، والأولى بالزوج أن لا يخليهن عن الإنساس والوقاع؛ تحصيلنا لهن عن الفجور. وقال أبو حنيفة رحمه الله: «لا بد وأن يبيت عندها فى كل أربع ليال ليلة؛ لأنه أقصى ما يمكن فى حقه أربع نساء». وذلك غير شديد، بل لو كان له أربع نسوة، فأعرض عن جميعهن، لم يكن لهن مطالبتة. نعم، إذا بات عند واحدة، لزمه مثله فى حق الباقيات.

ولا قسم بين المستولدات^(٣) والإماء، ولا بينهن وبين المنكوحات، بل له أن يفعل فيهن ما شاء، وإن كان الأولى الإنصاف بينهن، وترك الإيذاء، لكن وجوب القسم من خاصية النكاح. هذه هى المقدمة.

أما الفصل الأول: فيمن يُسْتَحَقُّ القسم ويُسْتَحَقُّ عليه

(١) الْقَسْمُ: بفتح السين، وإسكانها، فالأول [قَسَمَ] الشيء قَسَمًا: جزأه وجعله نصفين، وقسم بين القوم: أعطى كلًا نصيبه. يقال: قَسَمَ الله الرزق: فهو الْقَسَامُ.

والثانى: [الْقَسْمُ]: (مصدر). يقال: هذا يتقسم قَسْمَيْنِ. [يراد به المصدر]، وقَسْمَيْنِ. [يراد به الصيب أو الجزء من الشيء المقسوم]. [والقَسْمُ] العطاء يقال: عنده قَسْمٌ يقسمه. [ولا يجمع].

انظر: للمعجم الوسيط (٧٣٤/٢، ٧٣٥)

(٢) [نشوز] من نَشَرَ الشيء: نَشَرًا، ونَشَوَزا: ارتفع. ويقال: نشزت المرأة أو نشز الرجل بالنزوح.

استعصى وأساء العشرة. ويقال: نشز به، ومنه، وعليه. فهو ناشز. وهى ناشز، وناشرة. جمع: نواشيز، انظر: للمعجم الوسيط (٩٢٢/٢).

(٣) المستولدة: هى أيضا أمة، يطلب منها الولد، ويتخذن لذلك.

فنقول: المريضة والرتقاء، والحائض، والنفساء والمحرمة، والتي آلى عنها زوجها، أو ظاهر، وجميع أصناف النساء، ممن بهن عذر شرعي أو طبعي: يثبت لهن استحقاق القسم؛ لأن هذه الأشياء تمنع الوطء، ومقصود القسم السكن، والأنس، والحذر من التخصيص المؤدى.

أما الناشزة فلا تستحق، حتى لو كان يدعوهم إلى منزله، فامتنعت واحدة في نوبتها: سقط حقها؛ إذ يجب عليهن الإجابة، إلا إذا كان يساكن واحدة، ويدعو الأخرى فامتنعت، فيحتمل ألا تجعل ناشزة حتى يجب عليه أن يأتيهن أو يدعو جميعهن؛ إذ مساكنة واحدة، تخصيصٌ موحشٌ. ويحتمل أن يترخص في هذا القدر من التخصيص.

أما المسافرة بغير إذنه فناشزة. وإن سافرت في غرضه بإذنه، فحقها قائم، وتستحق القضاء. وإن كان في غرضها فقولان، والجديد الصحيح:

أنها لا تستحق القضاء؛ لأنها مشغولة بغرض نفسها. أما من يستحق عليه: فهو كل زوج حتى المجنون، قال الشافعي رضي الله عنه: «على الولي أن يطوف به على نسائه». ويحتمل أن يقال: لا يجب على الولي ذلك؛ إذ العاقل لو امتنع عن الكل: جاز ذلك، وكذا المجنون، ولكن العاقل يكتفى بداعيته الباعثة، والمجنون بخلافه، فلا يبعد أن يجب على الولي ذلك.

فإن قلنا: يجب، فعليه مراعاة البيوتة. وإن قلنا: لا يجب على الولي ذلك، فلو حمله إلى واحدة ليلة، يلزمه مثل ذلك لغيرها. ويحتمل أن يقال: التخصيص إنما يثقل من الزوج، وهذا من الولي، فلا يعظم ضرره. وأما السفیه فلا شك في وجوب القسم عليه؛ لأنه مكلف.

فخرج: لو كان يُجن ويُفَيِّق، وأمكن الضبط، فلا يجوز تخصيص واحدة بالإفاقة. وإن لم يمكن، فأفاق في نوبة واحدة، ففي كلام الشافعي رضي الله عنه ما يدل على أنه يقضى للأخرى يوم الجنون؛ لنقصان حقها.

الفصل الثاني في مكان القسم. وزمانه. وعده

أما المكان: فلا ينبغي أن يجمع بين الضرتين في مسكن واحد، إلا أن تنفصل المرافق؛ فإن ذلك ظاهر في الإضرار. ولو كن في بيوتهن، وكان يستدعى كل واحدة إلى منزله: جاز، وعليهن الإجابة.

وأما الزمان: فعماده الليل؛ لأن الله تعالى جعل الليل سكنا إلا في حق الأتوني^(١) والخارس، فالأصل في حقهما النهار، وأما في حق العامة، فالنهار تابع، وتظهر التبعية في أمرين:

أحدهما: أنه لا يجوز أن يدخل في نوبة واحدة على ضررتها إلا لضرورة، كمرض مخوف، أو مرض يمكن أن يكون مخوفاً، فيستين حقيقة الحال؛ ليعود فارغ القلب. وقيل: إذا لم يتحقق أنه مخوف لم يجز الخروج.

فإن نخرج إليها بغير عذر: عصي، ويقضى لها من نوبة ضررتها إن بلغ مكته ثلث الليل، هكذا قدره القاضي حسين رحمه الله وهو قريب من التحكم، بل الوجه أن لا يقدر، بل يجب عليه قضاء مثله كيفما كان، لكن ظاهر المنقول أنه إذا لم يكن مكث، فيقتصر على التعصية ولا يجب القضاء.

وأما بالنهار: فليس عليه ملازمة النساء؛ إذ يشتغل بالكسب، بل إذا أراد أن يعود لوضوء أو طعام، فيرجع إلى بيت صاحبة النوبة. فإن دخل على ضررتها بالنهار، ففيه ثلاث طرق:

أحدها: أنه كالليل. والثاني: أن ذلك لا حرج فيه؛ لأن النهار تبع، وهو وقت الانتشار، وليس فيه استحقاق ملازمة حتى يفوت بسبب الدخول على الضرة.

والثالث: أن ذلك يجوز لغرض مهم وإن لم يكن بمرض مخوف، ولا يجوز بالليل إلا بمرض مخوف.

فإن تعود الانتشار في نوبة واحدة، وملازمة الأخرى، فيظهر المنع في ذلك.

الأمر الثاني: لو جامعها في نوبة ضررتها، عصي بالإضرار، ولكن إن جرى بالليل، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقضى مثل تلك المدة إن طالت، ولا يكلف الوقاع. الثاني: أنه أفسد تلك الليلة، فلو عاد إليها لا يعتد به؛ لأن المقصود قد فات، فيقضى تمام الليل وإن عاد إليها.

والثالث: أنه يلزمه قضاء الوقاع في نوبة الموطوءة فقط. وإن جرى النهار، احتمل الاقتصار على التعصية، ويحتمل أن يجعل ذلك كالليل.

(١) [الأتون]: الموقد الكبير، كموقد الحمام والجصاص. وتشديد التاء. والأتوني: من كان عمله إيقادها، انظر: المعجم الوسيط (٤/١)، القاموس المحيط (١٥١٥).

فأما المقدار: فأقله ليلة. وإن أراد أن ينصف لم يجوز: لأنه يتنقص العيش إذا بتر الليل.

وأما الأكثر، فقد قال الشافعي رضي الله عنه: «وأكره مجاوزة الثلاث» أي: يجوز أن يبيت ثلاث ليال عند واحدة، وثلاثا عند أخرى. ومنهم من قال: لا يجاوز الثلاث؛ إذ لا مرد بعده. ومنهم من قال: يجوز إلى السبع؛ فإنه مدة ملازمة البكر أولا. ومنهم من قال: لا تقدير، والاختيار إلى الزوج، وإنما عليه التسوية فقط.

فرع: إذا قرر القسم على مقدار، فالبداية ينبغي أن تكون بالقرعة، وقيل: هو إلى خيرة الزوج؛ لأنه ما لم يبيت عند واحدة لا يلزمه للأخرى حق.

الفصل الثالث في التفاضل

وله سببان: الأول: الحرية: وللحرة ليلتان، وللأمة ليلة؛ لما روى الحسن عن رسول الله ﷺ أنه قال: «للحرة ثلثا القسم، وللأمة الثلث»^(١) وقال مالك: «يسوى بينهما». وهو ضعيف؛ للخبر؛ ولأن حق الأمة فيه نقصان، وقد يتضرر برق ولدها، فله الخذر من ذلك.

فرع: لو طرأ العتق عليها، نُظر: فإن كان قد بدأ بالحرّة، فلها ليلتان، وللأمة ليلة. فإذا عتقت في هذه الأيام الثلاثة إما في نوبة الحرّة، أو في نوبتها التحقت بالحرّة الأصلية حتى تستحق استكمال يومين. فإن عتقت بعد تمام يومها: اقتصرت على يومها، ووجب التسوية بعد ذلك.

وإن بدأ بها، فعتقت قبل انقضاء يومها، صارت كالحرّة الأصلية. وإن عتقت بعد انقضاء يومها، فقد تم استحقاق الحرّة ليومين، فوجب توفية اليومين، ثم بعد ذلك يسوى بينهما.

السبب الثاني: في تجدد النكاح. فإن نكح ثيبًا، فله أن يبيت عندها ثلاثًا، ولا يقضى للباقيات، بل يسوى بعد ذلك، ويبعث عند البكر سبعة، ثم يسوى بعد ذلك. فإن

(١) الحديث: بلفظ: [للحرّة يومان، وللأمة يوم] عن الأسود بن عويم. أخرجه: المتقي الهدي في كنز العمال (٤٤٨٢٤)، ابن حجر في تلخيص الخبير (٢٢٧/٣)، وقال: رواه أبو نعيم في المعرفة من حديث الأسود بن عويم، سألت النبي ﷺ عن الجمع بين الحرّة والأمة، فقال: الحديث. قال: وفي إسناده علي بن قرين وهو كذاب.

وبلفظ [إذا تزوجت الحرّة على الأمة، قسم لها يومين وللأمة يومًا] ولفظ [مس السعة، أن الحرّة إن أقامت على ضرار، فلها يومان، وللأمة يوم] الأول موقوفًا عن علي، والثاني عن سليمان بن يسار. أخرجهما البيهقي (١٧٥/٧).

طلبت الثيب زيادة على الثلاث فأجابها: بطل حقها من الثلاث، ووجب قضاء الجميع للباقيات؛ لما روى أنه ﷺ تزوج أم سلمة، وبات عندها ثلاثاً، فلما انقضت، تعلقته به، فقال: «إنه ليس بك على أهلِكَ هوان، وإن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن. وإن شئت ثلثت عندك، ودرت عليهن»^(١). وشبه الأصحاب هذه المسألة بما لو استحق القصاص في المرفق، فقطع من الكوع، سقط حقه من أرض الساعد.

ولا خلاف في أنه لو أقام باختياره دون التماسها، لم يبطل حقها. وبأنه الأصحاب في الاختصار على الخبر، وقالوا: لا يبطل إلا في صورة ورود الخبر، حتى لا يبطل حق البكر من السبع أصلاً وإن استزادت، ولا حق الثيب إن أقام عندها حمساً بالتماسها حتى يقيم السبع.

وليس يبعد عندي أن يكون ذلك معللاً بحسم باب التحكم والاقتراح عليها، فيطرده ذلك في جميع الصور، لكن هذا ما وجدته منقولاً في المذهب.

فرع: لو كانت الجديدة أمة، فلها مثل حق الحرة في الثلاث أو السبع؛ لأن هذا يرد لحصول الألفة والأنس، وذلك يتعلق بالطبع كمدة العنة ليسوى بينهما. وفيه وجه: أنه يُنصف.

ثم سبيل التنصيف هاهنا، تنصيف الليلة، ولا نبالي بذلك بخلاف الأقراء في العدة، فإنه لا يقبل التنصيف.

الفصل الرابع في الظلم، ووجوب القضاء

وفيه ثلاث مسائل:

الأولى: لو كان تحته ثلاث نسوة، فبات عند اثنتين، عشرين ليلةً بالسوية، فقد استحققت الثالثة عشر ليال، فيقضيهما على الولاء، وليس له أن يفرق، فيبيت عندها ليلتين، وعند كل واحدة ليلة؛ لأن هذا حق مجتمع في ذمته، فليقضه من غير تأخير، ومن ضرورته الولاء.

فلو كانت المسألة بحالها، فنكح جديدة، فلها الثلاث أو السبع، ويشغل بالقضاء بعد ذلك. لكن لو أقام عند المظلومة عشر ليال لصارت الجديدة مظلومة فسيبيله أن يبيت عند المظلومة ثلاث ليال، وعند الجديدة ليلة، وهكذا حتى تنقضي ثلاث نوب، وقد

(١) أخرجه: مالك (٥٢٩/١)، مسلم (ح ١٤٦٠)، أبو داود (٥٩٤/٢)، ابن ماجه (١٩١٧)، أحمد (٢٩٢/٦)، الدارمي (١٤٤/٢)، سعيد بن منصور (٧٧٦)، أبو نعيم (٩٥/٧)، ابن أبي شبة (٢٧٧/٤)، الألباني في إرواء الغليل (٨٣/٧).

وفأما تسع ليالٍ. واعترض إشكال، وهو أنه لو بات العاشرة للقضاء، ثم استأنف القسم، لم تعد التوبة إلى الجديدة إلا في خمس ليالٍ، وذلك ظلم عليها، قال الشيخ أبو محمد: هذا القدر من الظلم ينبغي أن يحتمل؛ للضرورة. وقال غيره: سبيل العدل إذا بات عندها العاشرة أن يبيت عند الجديدة بعده ثلاث ليالٍ، ثم يخرج إلى صديق أو مسجده بقية الليل حتى يندفع الظلم؛ إذ يثبت بهذه الليلة للجديدة مثل ما يثبت للأولين، وحصة كل واحدة من الأولين من هذه الليلة: الثلث، ولها أيضا ثلث ليلة، فيوفيها في ليلة أخرى، ويستقيم الحساب من ليلة وثلاث.

الثانية: إذا بات عند واحدة نصف ليلة، فأخرجه السلطان، أو خرج قصداً: يلزمه أن يبيت عند ضررتها نصف ليلة، ثم يخرج في مثل ذلك الوقت إلى صديق. ويحتمل التنصيف في القضاء، ثم بعد ذلك يستأنف الحساب.

الثالثة: إذا وهبت واحدة نوبتها، صحت الهبة، ولها الرجوع متى شاءت في المستقبل، فلو بات ليلة بعد الرجوع وقبل بلوغ الخبر، لم يلزمه القضاء، كما لو أباح تناول ثمار بستان ثم رجع. فما تناول قبل بلوغ الخبر فلا ضمان فيه. ومنهم من قال: مسألة القسم تخرج على القولين في عزل الوكيل.

ثم لهبتها ثلاث صيغ:

الأولى: أن تهب نوبتها من واحدة، فليس للزوج أن يقول: أسقطت حقك، فإن أصرف الليل إلى من شئت، بل هو هبة بشرط؛ فيجب الاتباع، وكذلك فعلت سودة، ووهبت نوبتها من عائشة، رضى الله عنها^(١).

فلو أبت الموهوب منها، فللزوج أن يقهرها على ذلك؛ إذ ليس هذه هبة منها حتى تفتقر إلى القبول، بل هي هبة من الزوج، ولذلك يجوز للزوج أن يمتنع ويبت عن الواهبة قهراً. ثم قال العراقيون: إن كانت نوبة الموهوب منها متصلة بنوبة الواهبة، بات عندها ليلتين. وإن لم يكن، فهل له أن يوصلها عندها بين ليلتين؟ فيه وجهان.

الصيغة الثالثة: أن تقول: «وهبت منك» مطلقاً، فقد صارت كالمعدومة؛ فيسوى بين الباقيات.

(١) هذا من حديث عائشة [أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النبي ﷺ يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة] أخرجه البخاري (٥٢١٢)، مسلم (١٤٦٣)، أبو داود (٢١٣٥)، ابن ماجه (١٩٧٢)، البيهقي (٧٤/٧)، البغوي في شرح السنة (١٥٢/٩)، ابن حجر في فتح الباري (٣١٢، ١١٣، ١١٢/٩).

الصيغة الثالثة: أن تقول: «وهبت منك، فخصص من شئت منهن» فلفظاها: أنه ليس له التخصيص؛ فإن هذا يورث الغيظ، بخلاف ما إذا وهبت من واحدة.
 فرع: إذا ظلمها بعشر ليال مثلاً، وجب القضاء. فإن طلقها تعذر القضاء، وبقيت المظلمة إلى القيمة. فإن راجعها وجب القضاء. فإن أبانها ثم جدد النكاح، وجب القضاء أيضاً. وقيل: يبنى على عود الحنث. وهو ضعيف؛ لأن المظلمة باقية، فلا بد من التقضى، وإنما يمكن القضاء إذا عادت وعنده تلك النسوة التى ظلمها بهن فإن نكح جديدات، فلا يمكن القضاء إلا بظلم الجديدات، فقد تعذر القضاء.

الفصل الخامس فى المسافرة بهن

فنقول: من أنشأ سفرًا فى حاجة على قصد الانصراف عند لحاز حاجته: فعليه أن يقرع بينهن. فإذا استصحب واحدة بالقرعة، لم يلزمه قضاء أيام السفر للمخلقات؛ لما روت عائشة، رضى الله تعالى عنها وعن أبيها، أن رسول الله ﷺ «كان إذا أراد سفراً، أقرع بين نسائه واستصحب واحدة»^(١). ثم ظهر أنه كان إذا عاد يدور على النوبة؛ فصار سقوط القضاء من جملة رخص السفر على خلاف القياس. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجب القضاء. وهذه الرخصة وردت مقرونة بأربعة أوصاف مؤثرة؛ فلا يجوز حذفها:

الأول: أنه عليه السلام أقرع؛ فمن استصحب واحدة بغير قرعة، لزمه القضاء وعصى بالتخصيص، وهذا كما أنه لو أقام عند واحدة لتمريرها، قضى للباقيات إن سلمت. وإن ماتت، فقد فات القضاء لأنه لم يبق لها نوبة حتى يقضى منها نعم، لا يعصى إن كان الممرض غوفاً ولا ممرضاً سواء.

فإن كان غوفاً، ولها ممرض سواء أو لا ممرض، ولكن ليس بمخوف ففى جواز الإقامة عندها بهذا العذر وجهان.

الثانى: أن لا يعزم على النقلة. فيحرم أن يعزم على النقلة، ويخلف نساءه؛ لأنه لا يطالب بالتحصين؛ اكتفاءً بداعية الطبع، وإذا انتقل انقطع ذلك. فإن استصحب واحدة ولو بالقرعة عصى، ولزم القضاء للباقيات وعليه الرجوع. وهل يلزمه القضاء لأيام الرجوع، وهو مشغول بامتنال الأمر؟ فيه وجهان. والظاهر وجوبه.

الثالث: أن يكون السفر طويلاً، ليكون تعبها ومشقة السفر فى مقابلة ما فازت به

(١) الحديث أخرجه البخارى (٥٢١١)، مسلم (فضائل الصحابة ب ١٣ رقم ٨٨)، أحمد (١١٤/٦)، أبو داود (٢١٣٨)، ابن ماجه (١٩٦٠).

من الصعبة. فأما السفر القصير، فهو بالتفرج أشبه؛ فلا يسقط القضاء، فلا يكون في معنى مورد الخبر. وقال الشيخ أبو محمد: يحتمل أن يلحق هذا بالرخص الذي يفيد السفر القصير.

الرابع: أن لا ينتظر في مقصده لإنجاز حاجته. فإن عزم الإقامة بها مرة، لزمه قضاء تلك الأيام؛ لأن تعب السفر قد انقطع فهي متودعة، فكيف تفوز بالصعبة؟. وإن لم يعزم على الإقامة، لكن أقام يوماً واحداً مثلاً، فهذا القدر تابع للسفر، فلا قضاء فيه، وإن كنا نرى أنه لا يترخص بالفطر وغيره. وإن طالَّت إقامته من غير عزم، ولكن في انتظار إنجاز الحاجة، ففي ترخصه خلاف. فإن قلنا: يترخص، فلا قضاء. وإن قلنا: لا يترخص، فيلزمه القضاء.

فروع ثلاثة:

الأول: لو لزمه قضاء أيام الإقامة بالعزم، فإذا توجه للرجوع، ففي لزوم قضاء أيام الرجوع وجهان: أحدهما: أنه لا يجب؛ لأن عزم الإقامة يؤثر في أيام الإقامة. والثاني: أنه يجب؛ لأنه إنما سقط قضاء أيام الرجوع رخصة، بشرط أن لا يكون له عزم إقامة، فإذا عزم فقد أفسد الرخصة، فنرجع إلى القياس. وقد قيل: إنه كما نقض العزم سقط عنه القضاء وإن لم ينهض للرجوع؛ وهو وجه ثالث ضعيف.

أما إذا كان عزم على الإقامة، ثم أنشأ سفرًا آخر مستندباً وطنه، فإن لم يكن عزم عليه في أول السفر لزمه القضاء؛ لأنه سفر بغير قرعة. وإن كان عزم عليه، ففيه وجهان مرتبان على أيام الرجوع، وهما أولى بوجوب القضاء؛ لأنه فيه غير متوجه إلى الامتثال بالرجوع.

الثاني: لو استصحب اثنتين بالقرعة، فعليه التسوية بينهما في السفر، فلو ظلم إحداهما بالأخرى، قضى لها من نوبتها، إما في السفر، وإما في الحضر. ولو أراد أن يُخلف إحداهما في بعض المنازل بالقرعة، جاز له ذلك. ولو نكح في الطريق جديدة، خصصها بثلاث أو سبع، ثم عدل بينها وبين المستصحات. ولو خرج وحده، ثم نكح في الطريق، لم يلزمه القضاء للباقيات؛ لأنه تجدد حقها حيث لم يكن عليه التسوية، ولا يظهر الليل يائثاها.

الثالث: لو كان تحته امرأتان، فنكح جديدتين، فخرجت القرعة على إحداهما، فسافر بها، اندرج حق الجديدة المسافرة في صعبة السفر إذا انقضت أيامها في السفر.

فإذا عاد إلى الوطن، فهل يبقى حق الجديدة المخلفة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن أيامها قد انقضت. والثاني: نعم؛ لأن ذلك لإزالة التوحش، والتوحش قائم، والتي في السفر قد أتست بصحبة السفر.

وهذا فيه إذا زفت إليه الجديدتان ثم سافر. أما إذا لم تزف إليه، فحق المخلفة قائم قطعاً.

الفصل السادس في الشقاق بين الزوجين

وله ثلاثة أحوال: الأولى: أن يكون التعدي منها بالنشور، ومعنى نشورها: أن لا تمكن الزوج، وتعصى عليه في الامتناع عصياناً خارجاً عن حد الدلال، بأن كان بحيث لا يمكن الزوج حملها على الطاعة إلا بتعب. فإن كانت تؤذيه بالشتم، وبذاءة اللسان، وغير ذلك، فليست ناشزة، لكنها تستحق التأديب. وهل له أن يؤدبها، أم يرفع الأمر إلى القاضي؟ فيه تردد.

ثم حكم النشور: سقوط النفقة، وتسلب الزوج على ضربها. لكن قال الله تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]. فمنهم من حمل على الجمع. ومنهم من حمل على الترتيب^(١)، والصحيح: أنه إن غلب على ظنه أنها تنزجر بالوعظ، ومهاجرة المضطجع: لم يجز الضرب. وإن علم أن ذلك لا يزجرها، جاز الضرب. والأولى ترك الضرب بخلاف الولي، فإن الأولى به أن لا يترك الضرب؛ فإن مقصوده إصلاح الصبي لأجل الصبي، وهذا يصلح زوجته لنفسه، ولذلك كان ضرب

(١) سبق ذكر معاني الحروف في كتاب الإقرار وبيننا فيه أن الأصل في الوضع لحرف «الواو» لمطلق الجمع بالنقل عن أئمة اللغة واستقراء مواضع استعمالها. فهي أى واو العطف باستثناء واو القسم، لمطلق الجمع بين الأمرين ونشريكهما في الثبوت، أى اشتراك المعطوف والمعطوف عليه فإن كان المعطوف جملة فهو اشتراك في الخبر فقط، وإن كان اسماً مفرداً فهو مشترك في حكم المعطوف عليه، وهى لا تعطى مقارنة أو ترتيباً، أى أنها لا توجب أن الأول قبل الثانى ولا بعده ولا توجب أن يكونا معاً، بل يمكن أن يكونا معاً، أو أن يكون أحدهما قبل الآخر بجملة وبلا مهلة، أما الترتيب فقد يستفاد من قرائن أخرى ليس هنا موضع ذكرها.

ورضعت «الواو» أيضاً للجمع مع النون يقولون: جاءنى الزيدون أى زيد وزيد ورید. وقد ذهب الشافعية إلى أن الواو توجب الترتيب لذا جعل الترتيب ركناً فى الوصوء، وهو مردود. وتفصيل ذلك ليس هنا موضعه.

انظر: كتابنا: للمدخل الأصولية (المدخل الثامن) وكتابنا: معايير التأويل والتأويلين (الفصل الثانى من الباب الثالث) وشرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح (ص ١٨٠) ط دار الكتب العلمية والمحرم للسرعى (١/١٥٠)، الأحكام لابن حزم (١/٥٠).

الزوج مقيداً بشرط سلامة العاقبة، فلو أفضى إلى فساد عضو أو روح، فعليه الضمان. وله أن يضربها وإن أمكنت من الجماع - إذا منعت غير ذلك من الاستمتاع.

وهل تسقط نفقتها مع الوقاع؟ فيه تردد، وأقرب مثال فيه، تسليم السيد الأمة ليلاً واستخدمها نهاراً، وذكرنا فيه خلافاً.

الحالة الثانية: أن يكون التعدي منه بالضرب وسوء الخلق، فلا سبيل إلا الحيولة حتى يعود إلى حسن المعاشرة، وإنما يعول فيه على قولها، أو على قرائن أحوال وشهادات تدل عليه، كما يستبرأ حال الفاسق إذا أظهر التوبة، فأما مجرد قوله، فلا يعول عليه.

الحالة الثالثة: أن يشكّل الأمر، فلا يدري «من المتعدي» فقد قال تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهلها وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ [النساء: ٣٥] ومقصود الحكمين، أن يصلحا بينهما إن أمكن، أو يفرقا.

وهل هما وكيلان من جهة الزوجين، فيوقف تصرفهما على إذنهما؟ أم هما متوليان من جهة القاضى حتى ينفذ تفريقهما بالطلاق على الزوج، وبالزام المال على المرأة عند استصوابهما الخلع؟ فيه قولان؛ الأول: وهو القياس: أنهما وكيلان؛ إذ يبعد دخول الطلاق تحت الولاية.

والثاني: أنهما متوليان؛ لما روى أن علياً كرم الله وجهه بعث حكيمين بين زوجين، فقال: «أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تفرقا: أن تفرقا وإن رأيتما أن تجمعا: أن تجمعا» فقال الزوج: أما الطلاق فلا، فقال على رضى الله عنه: كذبت^(١).

ويدل عليه أيضاً تسميتهما حكيمين، فإنه إذا كان مسخراً لا ينفذ حكمه، فكيف يسمى حكماً؟ فعلى هذا القول: إن توافقاً، لم يجز لهما التفريق.

وإن غاب أحدهما، أو سكت، ففي جواز التفريق وجهان. منهم من شرط لنفوذ حكمهما قيام الخصومة في الحال. ثم لا بد على هذا القول في الحكمين من العدالة والهداية إلى المصالح، ولا يشترط منصب الاجتهاد. وكذلك في كل أمر معين جرى يفوضه القضاة إلى الآحاد.

ولا يشترط أن يكونا من أهلها، بل ذلك أولى إذا وجدا؛ فإنهما أعرف بيوطن أحوالهما والله أعلم وأحكم.

* * *

كتاب الخلع^(١)

وفيه أبواب:

الباب الأول

وفيه فصلان:

الأول في أثره في النكاح، وألفاظه

أما أثره ففيه قولان:

أحدهما: أنه طلاق محوج إلى التحليل إذا تكرر ثلاثاً، وهو مذهب عمر وعثمان

(١) الخلع لغة: النزع: وهو استعارة من خلع اللباس؛ لأن كل واحد منهما لباس لآخر، فكان كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها خالعة: إذا افتدت منه، وطلقها على انفدية.

انظر: لسان العرب (١٢٣٢/٢)، المصباح المنير (٢٤٣/١)، المطالع (٣٣١).

قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٤٧/٦): الخلع بضم الخاء المعجمة وسكون اللام هو في اللغة فراق الزوجة على مال مأخوذ من خلع الثوب لأن المرأة لباس الرجل معنى. وأجمع العلماء على مشروعته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي فإنه قال: لا يحل للزوج أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا بِهِ شَيْئاً﴾ وأرد عليه: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَخَذَ بِهِ﴾ فادعى نسخها بآية النساء روى ذلك ابن أبي شية. وتعقب بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَبَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾ ويقول فيهما ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَاحَا﴾ الآية. وبأحاديث الباب سأذكر حديث ثابت بن قيس وكأنها لم تبلغه وقد انعقد الإجماع بعده على اعتباره وإن آية النساء مخصوصة بآية البقرة وبآيتي النساء الأخريتين. وهو في الشرع فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له. ا. هـ.

أما حديث ثابت فهو عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني ما أعطب عليه في حلق، ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديثه؟» قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «أقبل الحديث وطلقها تطليقة» وفي رواية [فأمره رسول الله ﷺ أن يأخذ منها حديثه ولا يرداد] الرواية الأولى أخرجها: البخاري (٦٠/٧)، النسائي (١٦٩/٦)، الريعي في نصب الراية (٢٤٥/٣)، البهوي في شرح السنة (١٩٤/٩)، التبريزي في مشكاة المصابيح (٣٢٧٤)، العجلوني في كشف الخفا (٤٥١/١)، المتقي الهندي في كنز العمال (١٥٢٥٥)، ابن حجر في فتح الباري (٣٩٥/٩)، ابن كثير (٤٠٣/١)، الألباني في إرواء الغليل (١٠١، ١٥٧).

والرواية الثانية أخرجها: ابن ماجه (٢٠٥٧)، الزبيدي في إتحاف (٣٩٢/٥)، عبد الرزاق (١١٧٥٩)، الطبري (٢٨١/٢)، السيوطي في الدر المنثور (٢٨٠/١)، المتقي الهندي (١٥٢٨٠)، ابن أبي حاتم الرازي في علل الحديث (١٣٠٦، ١٢٩٠).

وعلى، رضى الله عنهم، ومذهب أبى حنيفة والمزنى، رحمهما الله.

والثانى: وهو القديم والمنصور فى الخلاف أنه فسخ.

وحقيقة الخلاف راجع إلى أن النكاح، هل يقبل الفسخ تراضياً؟ فعلى قول: يقبل؛ قياساً على البيع.

ثم ألفاظه ثلاثة: الخلع، والفسخ، والمفاداة.

أما لفظ «الخلع» فصريح فى الفسخ على هذا القول، ولا يحتاج إلى النية؛ لأن شاع فى لسان حملة الشريعة لإرادة الفسخ، وتكرر؛ فصار كلفظ الفراق والسراح الذى تكرر فى القرآن.

وأما الذى شاع فى لسان العامة، كقوله: «حلال الله على حرام» فهل يصير صريحاً فى الطلاق؟ فيه خلاف ظاهر.

وأما لفظ «الفسخ» فالظاهر أنه صريح فى مقصود الفسخ، لا يحتاج إلى النية. وفيه وجه بعيد: أنه يحتاج إلى النية، بخلاف لفظ «الخلع»؛ فإن ذلك تداولته ألسنة حملة الشريعة، ولفظ «الفسخ» فى النكاح غير مستعمل إلا إذا جرى عيب أو سبب.

أما لفظ «المفاداة» فيه وجهان، مأخذهما أنه ورد به القرآن فى قوله تعالى: ﴿فَإِذَا جَاءَ جُنَاحُ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولكن لم يتكرر. وكذا الخلاف فى لفظ «الإمساك» فى الرجعة، ولفظ «الفك» فى العتق. فإذا الصريح قطعاً: لفظ متكرر فى القرآن، أو متكرر على لسان حملة الشريعة. أما ما تكرر على لسان العامة، أو ورد به القرآن ولم يتكرر، ففيه خلاف.

ثم إذا جعلنا الخلع صريحاً فى الفسخ - على هذا القول - فلو نوى به الطلاق، لم ينقلب طلاقاً على الأظهر؛ لأنه وجد نفاذاً فى موضعه صريحاً، فلا تؤثر فيه النية؛ كما لو نوى «الطلاق» بلفظ «الظهار» فإنه لا يصير طلاقاً. وهذا بخلاف ما لو قال: «إنها على حرام» ونوى به الطلاق، فإنه يقع به الطلاق وإن كان مطلقاً هذا القول صريحاً فى التزام الكفارة، لكنه لا اختصاص له بالنكاح؛ إذ يجرى فى الأمة المملوكة، ولفظ الخلع يختص بالنكاح.

أما إذا قدر الزوج على فسخ النكاح بعيها مثلاً، فقال: «فسخت» ونوى به الطلاق، فيحتمل أن لا ينصرف إلى الطلاق؛ لأنه وجد نفاذاً فيما هو صريح فيه. وقال القاضى: «يقع الطلاق»؛ لأنه لا اختصاص للفظ «الفسخ» بالنكاح، فيحتمل أن يصرف إلى الطلاق.

أما إذا فرعنا على الصحيح وهو «أن النكاح لا يقبل الفسخ» فلفظ «الفسخ» كناية في الطلاق، وفي لفظ «المفاداة» وجهان كما سبق على قول الفسخ وفي لفظ الخلع قولان: أحدهما: أنه كناية أيضاً؛ لأن صرائح الطلاق ثلاثة، وهي التي تكررت في القرآن: الفراق، والسراح، والطلاق.

والثاني: وهو الذي نص عليه في «الإملاء» أنه صريح؛ لأنه تكرر في لسان حملة الشرع لإرادة الفراق؛ فالتحق بالمتكرر في القرآن. ومنهم من قال: مأخذه، أن ذكر المال، هل ينتهز قرينة في إلحاق الكناية بالصريح حتى لو خلا عن ذكر المال كان كناية قطعاً؟ وهذا المأخذ ضعيف؛ إذ قرينة الغضب والسؤال وغيره، لا تغير الكنايات عند الشافعي رضي الله عنه، فكذلك قرينة المال.

أما إذا جرى الخلع من غير ذكر المال، فمطلقة هل ينزل على اقتضاء المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لاقتضاء العرف ذلك. والثاني: لا؛ لأن لم يتلفظ به. ويجرى الخلاف فيما لو قارض رجلاً على أن يتجر، ولم يشترط الربح أنه هل يستحق أجر المثل؟ واختار القاضي: أنه يقتضى المال؛ تشبيهاً للخلع بالنكاح. وتعليقه بالعرف أولى من التشبيه بالنكاح المخصوص بالتعبد.

فإن قلنا: يثبت المال وهو الصحيح فالثابت هو مهر المثل، إن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق. وإن جعلناه كناية في الطلاق ونوى، فهو كالصريح، وإن لم ينو لغا، ولم يؤثر.

أما إذا قلنا: لا يثبت المال، فإن جعلناه فسخاً، لغا؛ إذ لا فسخ إلا على عوض، وإن جعلناه طلاقاً صريحاً أو جرت النية فهو طلاق رجعي؛ إذ لا مال. ولكن يتصدى أمران:

أحدهما: أن الرجعي لا يفترق إلى قبولها؛ فهذا، هل يفترق؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه لا مال. والثاني: نعم لأن اللفظ يستدعي القبول، ولا يبعد ذلك. فإنه لو خالع السفينة، لا ينفذ إلا بقبولها، ثم يكون الطلاق رجعياً؛ إذ لا يصح التزامها المال.

وهذا إنما يظهر في قوله: خالعت، فلو قال: خلعت، فبيعد انتظار القبول، وكذا لو قال: خالعت، ولم يضمّر التماس جوابه، فيكون كقوله: قاطعت، وفارقت.

الأمر الثاني: أنه إن أضمر الرجل المال، فبيعد إيقاع طلاق من غير مال، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا أثر لنية المال، فهو كما إذا لم ينو. والثاني: أنه يؤثر، حتى لا يقع من غير ثبوت المال، وإنما يثبت المال إذا نوى جميعاً المال. فإن لم تنو المرأة، فلا يقع الطلاق أصلاً.

وهذا بيان هذه الاختلافات، والأولى في الفتاوى، أن نجعل الخلع طلاقاً، ونجعله صريحاً فيه، ونجعل الخالي عن العوض مقتضياً للعوض بحكم العرف، ونجعله صريحاً أيضاً، ونطرح بقية الاحتمالات وإن كان لها بعض الاتجاه. أما جعل «الخلع» فسخاً، فبعيد في المذهب والقياس؛ إذ لا خلاف أن الزوج لا يستقل بالفسخ، ولو قبل النكاح الفسخ، لكان لا يمنع بسببها كما لا يمنع الطلاق، وفيه إبطال حقها، ولأنه لا خلاف أن الخلع قبل المسيس مُشَطَّر، وأنه يجوز إيراده على عوض حديد، وكل ذلك يناقض معنى «الفسخ».

الفصل الثاني في معنى نسبة الخلع إلى المعاملات

فنقول: إن جعلناه فسخاً، فهو معاوضة محضة شبيهة بالنكاح. وإن جعلناه طلاقاً أو جرى الطلاق على مال فهو من جانب الزوج تعليق فيه مشابهة للمعاوضات، ومن جانبها معاوضة محضة فيها مشابهة للمعالة ولا نغني بذلك أن الحكم الواحد يتركب من أصليين؛ فإن ذلك متناقض، بل تجرى بعض الأحكام على قاعدة التعليق، وبعضه على قانون المعاوضة. وشرح ذلك من جانبه يستدعي تفصيل الصيغ.

وله صيغ: الأولى: صيغة المعاوضة. وهو أن يقول: «طلقتك على ألف» أو «أنت طالق على ألف» فتتمحض في هذه الصيغة قضية المعاوضات، ويظهر ذلك في أربعة أمور:

أحدها: أنه لو رجع قبل قبولها، لم يقع الطلاق كما في البيع. والثاني: أنه لا بد من قبولها باللفظ. والثالث: أنه لا بد من القبول في المجلس على الاتصال.

والرابع: أنه لو قال: «طلقتك ثلاثاً على ألف» فقالت: «قبلت واحدة على ثلث الألف»: لم يقع كما إذا قال: «بعثك هذا العبد بألف» فقال: «قبلت ثلثه بثلث الألف»، فإنه لم يصح. ولو قبلت واحدة على كمال الألف، فالأصح أنه يقع؛ لأنها وافقت في العوض، وليس إليها عدد الطلاق، بخلاف ما لو باع عبيدين بألف، فقبل أحدهما بالألف، فإن الأصح فيه: أنه لا يصح؛ لأن الملك مقصود للمشتري، والطلاق لا يدخل في ملكها. ثم قال ابن الحداد: لا يقع إلا واحدة؛ لأنها لم تقبل إلا واحدة. وقال القفال: يقع الثلاث؛ لأن قبولها يعتبر للعوض فقط. ثم الصحيح، أنه يستحق المسمى، وعن ابن سريج: أنه يستحق مهر المثل.

الصيغة الثانية: أن يصرح بالتعليق. فيقول: «متى ما أعطيتني ألفاً، فأنت طالق». فهذا تعليق محض من جانبه فلا يحتاج إلى القبول لفظاً، ولا إلى الإعطاء في المجلس، ولا له الرجوع قبل الإعطاء.

الثالثة: أن يقول: «إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق» فلا يصح رجوعه، ولا يفتقر إلى قبولها لفظاً، ولكن يختص بالإعطاء بالمجلس؛ لأن قوله: «متى ما» صريح في تجويز التأخير، وهذا متردد، وقرينة العوض تشعر باستعجاله في المجلس، فيختص به، ولا تطلق بالإعطاء بعد ذلك.

أما جانب المرأة، فاختلفاها معاوضة، نازعة إلى الجعالة؛ لأن الطلاق ليس إليها حتى يتطرق إلى جانبها مشابه التعليق، وإنما إليها بذل المال في مقابلة ما يستقل الزوج به إن شاء.

وفائدة هذا، أن لها الرجوع في جميع الصور قبل الجواب، حتى لو أتت أيضاً بصيغة التعليق، وقالت: «إن طلقنتي فلك ألف»، ثم رجعت قبل القبول: جاز، ويختص الجواب أيضاً بالمجلس، فلو طلقها بعد ذلك، لم يلزمها العوض، حتى لو قالت: «متى ما طلقنتي فلك ألف»، فطلقها بعد مدة، حمل ذلك على الاستقلال لا على الجواب؛ لأنه قادر على الابتداء، وإنما ينصرف إلى الجواب بقرينة الخطاب المعتاد في المجلس.

وإنما نزوعها إلى الجعالة يظهر من شيئين: أحدهما: أنه احتمال صيغة التعليق منها، بأن تقول: «إن طلقنتي فلك ألف»، كما تقول: «إن رددت عيدي الأبق»؛ لأنها التمسّت ما يستقل الزوج به ويحتمل التعليق بالأغرار.

الثاني: أنها لو قالت: «طلقنتي ثلاثاً على ألف»، فقال: «طلقتك واحدة»، استحق الثالث؛ كما إذا قال: «إن رددت عيدي الثلاث فلك ألف»، فرد واحداً، استحق الثالث.

وكذلك لو قالت: «طلقنا على ألف» فطلق واحدة، استحق نصفها عليها، وهذا بخلاف ما لو قال الرجل: «طلقتك ثلاثاً بألف»، فقالت: «قبلت واحدة على ثلث الألف»، لم يقع الطلاق؛ لأن ما أتى به صيغة المعاوضة فالتحقت بالمعاوضة. وما أتت به، صيغة ضاهت الجعالة، فالتحق بها.

ولو قال الزوج ابتداءً: «خالعتكما على ألف»، وقبلت واحد منهما، لم يصح بلا خلاف؛ لأن الجواب، لم يوافق الخطاب، بخلاف ما إذا قالت: «طلقنا» فأجاب

إحدهما، نفذ؛ لأن ذلك مأخوذ من الجعالة وكذلك إذا باع عبداً من رجس، فأجاب أحدهما، وقبل النصف، لم يصح على المذهب، وإن شغب أصحاب الخلاف بمنع فيه.

ولو قال: «خالعتك وضرتك» فقبلت: صح؛ لأنها العاقدة وحدها، وإنما التعدد المعقود عليه فقط. ولو تخلل بين إيجاب الخلع وقبوله كلام يسير، لم يضر. وقد قال الشافعي رضي الله عنه: «لو قالتا: «طلقنا»، وارتدتا، فأجابها، ثم عادتا إلى الإسلام: صح الخلع، وإن تخلل كلمة الردة؛ إلا أن هذا كلام من المخاطب بعد تمام خطابه، وإنما النظر في كلام القابل بعد الإيجاب وقبل القبول والله أعلم.

الباب الثاني في أركان الخلع

وهي خمسة: الصيغة، والعاقدان، والعوضان. وإذا تطرق الخلل إلى واحدة منها فسد الخلع. ومعنى فساده: أن يمتنع وقوع الطلاق، ولفظ البطلان بهذا أحق. أو ينقلب الطلاق رجعياً، أو تنفذ البيونة ويفسد العوض، ولفظ الفساد بهذا أحق، وتفصيله بشرح الأركان.

الركن الأول: الموجب: وشرطه أن يكون مستقلاً بالطلاق، فخلع الصبي باطل، وخلع العبد صحيح، والعوض يدخل في ملك سيده قهراً، فهذا كالاكتساب. وخلع المحجور بالفسل والسفة صحيح؛ لأن طلاقه ينفذ من غير مال، فهو مع المال أولى، ولا حجر عليهم في مقدار العوض وإن نقص عن مهر المثل؛ إذ ينفذ طلاقهم مجاناً، إلا أن المختلعة من السفية، لا تبرأ عن العوض إلا بالتسليم إلى الولي، فإن سلمت إلى السفية، لم تبرأ.

الركن الثاني العاقد: وشرطه أن يكون أهلاً للالتزام المال غير محجور عليه.

وأسباب الحجر خمسة:

الأول: الرق. فإذا اختلعت الأمة - بإذن سيدها - بعين ماله: صح، واستحق الزوج عين المال. وإن اختلعت بدين، هل يكون السيد ضامناً بالإذن؟ فيه خلاف كما في نكاح العبد. وإن استقلت بالاختلاع، فسد الخلع، ونفذت البيونة، وتعلق مهر المثل بذمتها تطالب به إذا اعتقت، وفيه وجه أنه تطالب بالمسمى إذا عتقت، ويصح المسمى، وهو ملتفت إلى الوجه المذكور في صحة شراء العبد وضمائنه وتعلقه بذمته.

السبب الثاني: حجر المكاتب. والتزامها المال في الخلع: تبرع، فإن استقلت فهي كالأمة. وإن اختلعت بإذن السيد، يبنى على أن تبرعها، هل ينفذ بإذن السيد؟ وإنما

جعل تبرعاً؛ لأنه لم يحصل في مقابلته مال.

السبب الثالث: الحجر بالسفه. وإذا اختلعت السفهية - ولو بإذن الولي - لم يثبت المال؛ للحجر، وامتنع الخلع، ونفذ طلاقاً رجعيّاً إذا قبلت؛ لأن لفظها صحيح في القبول، ولا بد من القبول؛ لاقتضاء الصيغة ذلك.

السبب الرابع: الحجر بالصبي. فلا يصح اختلاع الصبية؛ لفساد لفظها في القبول بخلاف السفهية. ومنهم من قال: يقع الطلاق هاهنا أيضاً رجعيّاً، ويكون كما لو قال للصبية: «أنت طالق إن شئت»، فقالت: «شئت»؛ لأن قبول قول السفهية أيضاً، ساقط في الالتزام.

السبب الخامس: الحجر بالمرض. ويجوز اختلاع المريضة بمهر المثل، ولا يحتسب من الثلث؛ إذ غايتها أنها صرفت المال إلى أغراضها في حياتها، ولها ذلك بخلاف السفهية والمكاتب؛ وهو كما لو نكح المريض أبكاراً بمهور أمثالهن، وهو مستغن عنهن: جاز ذلك.

وأما الزيادة على مهر المثل، فيحسب من الثلث. وقال أبو حنيفة، رحمة الله عليه: أصل المهر يحسب من الثلث.

الركن الثالث المعوض: وهو البضع، وشرطه: أن يكون مملوكاً للزوج؛ فلا يجوز للزوج مخالعة المختلعة وإن كانت بعد في العدة، إذ لا ملك. ووافق على هذا أبو حنيفة رحمه الله وإن خالفنا في حقوق الطلاق إياها.

وأما المرتدة بعد المسيس إذا خالعتها، صح إن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، وإن أصرت تبين الفساد، وله التفات إلى وقف العقود.

وأما الرجعية ففي مخالعتها قولان: أحدهما: أنه يصح؛ لأن الملك قائم. والثاني: لا؛ لأنه لأجل، والطلقة الثانية لا تفيد في حقها أمراً جديداً، فينفذ طلاقاً رجعيّاً كما في السفهية.

وفيه وجه آخر: أنه يصح مخالعتها بالثالثة دون الثانية؛ إذ الثانية لا تفيدها شيئاً جديداً، وهو بعيد.

الركن الرابع العوض: وشرطه: أن يكون متمولاً معلوماً. وبالجمل، يشترط فيه شرائط المبيع والتمن. فإن خال على مجهول، فسد العوض، ونفذت البيئونة، والرجوع إلى مهر المثل.

وإن خالع على حمر، أو خنزير، أو مغصوب، أو حر أو شيء مما يقصد وهو غير معلوم: فسد العوض. والرجوع إلى القيمة أو مهر المثل؟ فيه قولان، كما ذكرناه في الصداق. ولو خالع على دم، وقع الطلاق رجعيًا؛ لأن ذلك لا يقصد بحال، والميئة كالخمر لا كالدّم؛ فإنها قد تقصد لطعمة الجوارح. والتفصيل في هذا كالتفصيل في الصداق.

فروع: إذا قال: خالعتك على ما في كفك، صح الخلع إن صححنا بيع الغائب، ونزل على ما في كفها. وإن لم نصحح، فسد العوض، والرجوع إلى مهر المثل، ولا يرجع إلى قيمته أصلاً؛ لأن مأخذ الرجوع إلى القيمة الرضا بالمالية، والرضا بالمجهول لا يتصور. وقال أبو حنيفة رحمه الله: «إن لم يكن في كفها شيء، نزل على ثلاث دراهم». ولعله يقول: معناه ما في كفها المقبوض من عقود الحساب، وليس فيه إلا ثلاثة؛ إذ لا معنى لقبض الإبهام والسبابة في الحساب، ثم يرى تنزيله من الأعداد على النقد أولى، ومن النقود على الأدنى، وهو الدراهم.

والوجه تنفيذه رجعيًا؛ فإن ما ذكره - وإن تكلفنا له خيالاً - فهو تعسف ظاهر. ومما يتعلق بالعوض موافقة الوكيل، ومخالفته، والنظر في وكيله، ووكيلها:

أما وكيله: فإن قال له: خالع بمائة، فخالع بها، أو بما فوقها: صح. وإن نقص، لم ينفذ الطلاق؛ لمخالفته. وإن قال: «خالع» مطلقاً نفذ خلعه بمهر المثل فما فوقه.

فإن نقص؟ فالنص في «الإملاء»: أنه لا يبطل؛ لأنه أذن مطلقاً، فيتناول ذلك بعمومه وإنما ينزل في البيع على ثمن المثل؛ للعرف الجاري في مقصود الأموال؛ إذ لا مقصود فيها سوى المالية. وفيه قول مخرج: أنه يبطل، كما لو عين المقدار، وله اتجاه. وفي مسألة تعيين المقدار قول مخرج من هذه المسألة: أنه لا يبطل وإن نقص. وهو ضعيف. فإن فرعنا على النص وهو أنه لا يبطل فما الذي يحصل؟ فيه طريقان:

أحدهما: ذكره الشيخ أبو علي، أن للزوج الخيار، ولكن في تخيره قولان:

أحدهما: أن معناه، أنه إن رضى بذلك، نفذ، وقد قنع بالمسمى، وإلا امتنع الطلاق. ولا ينبغي أن يؤخذ هذا من وقف العقود، بل مأخذه: أن لفظه عام، وله أن يقول: أردت به مهر المثل، وعلامة ذلك أن لا يرضى بالمسمى، فإن رضى بالمسمى، فكأنه أراد ذلك بالعموم.

والقول الثاني: أنه إن شاء، قنع بالمسمى، وإلا صار الطلاق رجعيًا، وامتنع العوض

أصلاً؛ إذ رد الطلاق لخبرته، بعيد، وتكليفها مهر المثل وما رضىت إلا بالمسمى؛ بعيد.

الطريقة الثانية: نقل القولين على وجه آخر:

أحدهما: أنه لا خيار له إلا بين المسمى ومهر المثل، فأما الطلاق فلا خيار فيه.

والثاني: أنه لا خيار له أصلاً، بل فسد العوض. والرجوع إلى مهر المثل. وهذه الطريقة أقيس. ويحصل من هذه الاختلافات خمسة أقوال إذا جمعت.

أما وكيلها بالاختلاع بمائة - إن وافق أو نقص - صح. وإن زاد، فالنص: وقوع البيئونة، واختيار المزنى أنه لا ينفذ. وهو القياس؛ لأنه خالف، ولم يجعل اختياره تخريباً مع اتجاهه. ثم فيما يلزمها على النص قولان:

أحدهما: أنه يفسد المسمى، واللازم مهر المثل. والثاني: أنه يلزمها ما سمت، وزيادة الوكيل أيضاً تلزمها إلا ما جاوز من زيادة مهر المثل، فإنها لا تلزم.

هذا إذا أضاف الوكيل الاختلاع إلى مالها. فإن أضاف إلى نفسه نفذ، ولزم الوكيل تمام ما سمي، وليس عليها شيء؛ لأن اختلاع الأجنبية بنفسه صحيح.

وإن أطلق الوكيل، ولم يضيف إليها ولا إلى نفسه، فالبيئونة حاصلة على النص، وفيما يلزمها قولان:

أحدهما: أن عليها ما سمت، والزيادة على الوكيل، كأنه قد اقتدها بما سمت وزيادة من عند نفسه.

والثاني: أن الزيادة عليها أيضاً، ما لم يجاوز مهر المثل، فما جاوز مهر المثل، فهو على الوكيل.

وقياس مذهب المزنى، صحة الخلع مع الأجنبية، وانصرافه عنها، كالوكيل بالشراء بمائة إذا زاد فإنه يقع عنه، إذا لم يصرح بالإضافة إلى الموكل.

فأما إذا أضاف الوكيل المال إليها، وضمن؟ قال الصيدلاني: «هو كما لو أطلق الوكيل» وهذا ضعيف، بل الإضافة إذا فسدت فالضمان المرتب عليه لا يصح، ولا يؤثر فيه.

هذا كله إذا عينت مائة، فإن أذنت مطلقاً؟ قطع الأصحاب بأن ذلك كالقدر بمهر المثل والمصرح به.

هذا كله فى المخالفة بالمقدار، فلو خالف فى الجنس بأن قالت: «اختلعتنى بالدرهم» فاختلع بالدنانير قال القاضى: انصرف الخلع عنها؛ لأنه مخالف، بخلاف ما إذا زاد فإنه أتى بما أمرت وزيادة، وهذا يؤكد اختيار المزنى؛ لأن الفساد هاهنا أيضا فى العوض.

الركن الخامس الصيغة: وفيه مسائل:

إحداها: أنه لو قال: «طلقتك بدينار على أن لى الرجعة» ففى المسألة قولان: أحدهما: وهو الذى نقله المزنى أن العوض يسقط، وينفذ الطلاق رجعيا؛ إذ لا جمع بين العوض والرجعة، والعوض هو المحتاج إلى إثباته دون الرجعة، فيندفع بذكر الرجعة. والثانى: وهو القياس، وقد نقله الربيع واختاره المزنى أن العوض يفسد؛ لاقتران الشرط به، وتنفذ بينونة على مهر المثل؛ لأن دفع الرجعة، أهون من دفع البينونة.

الثانية: المرأة تتوكل فى الاختلاع، وهل تتوكل فى الخلع؟ فيه وجهان، ووجه المنع: أنها لا تقدر على الاستقلال بالخلع، ويجرى الخلاف فى توكلها بالتطليق، مع أنه لا خلاف أنه لو قال لها زوجها: طلقى نفسك، فقالت: طلقت، ينفذ. ولكن هو عمديك أو توكيل؟ فيه خلاف.

الثالثة: الوكيل بالخلع، هل يتولى طرفى الخلع؟ فيه وجهان. ومن جوز ذلك على خلاف البيع والنكاح: علل ذلك بأن الخلع يكفى فيه اللفظ من أحد الجانبين؛ فإنه لو قال: «إن أعطيتنى ألفا فأنت طالق» فأعطت حصلت البينونة.

الرابعة: لو خالعهما على أن ترضع ولده حولين، صح الاستحجار والخلع. ولو أضاف إليه الحضانة جاز. ولو أضاف إليه نفقة عشر سنين مثلاً وقدرها ووصفها - بحيث يجوز فيه السلم - انبنى على تجويز الجمع بين صفتين مختلفتين. فإن أفسدنا، فالرجوع إلى مهر المثل؟ أو إلى بدل هذه الأشياء؟ فعلى قولين.

ومنهم من قطع هاهنا، بأن الرجوع إلى مهر المثل؛ إذ لو جوزنا الرجوع إلى أبدال مختلفة، لصححنا العقد على أبدال مختلفة.

ومنهم من قال: وإن لم نصح الجمع بين صفتين مختلفتين، جوزنا هاهنا؛ لأن النفقة هاهنا تابع للحضانة غير مقصود.

التفريع: إن صححنا، وعاش الولد واستوفاه، فإن كان زهيدا فالزيادة للزوج، وإن كان رغييا، فالزيادة على الزوج.

ولو مات فى وسط المدة، فلا يخفى حكم تفريق الصفقة بسبب الانفساخ فى البعض، ووجه التفريع عليه.

الباب الثالث

فى موجب لفظ الزوج فى إلزام العوض وتسليمه

وفيه فصول:

الفصل الأول: فى الألفاظ الملزمة وحكمها

وفيه مسألتان: الأولى: أن المزم الصريح قوله: «أنت طالق على ألف» أو «طلقتك على ألف». فلو قال: «أنت طالق ولى عليك ألف»، وقع الطلاق رجعيًا؛ لأنه صيغة إخبار، لا صيغة إلزام. وقوله: «أنت طالق» مستقل، فينفذ، ويلغو قوله: «ولى عليك ألف». كما لو قال: «وعليك حجة». ولو قال: «أردت ما يريد القائل بقوله: «أنت طالق على ألف» لم يقبل؛ لأن اللفظ لا يصلح. فلو توافقا على أنه قصد ذلك: فمن الأصحاب من قال: ينزل عليه، وتلزم الألف. ومنهم من قال: لا أثر للتوافق؛ إذ اللفظ غير صالح له.

أما إذا قال: «أنت طالق على أن لى عليك ألفاً» فظاهر هذا أنه شرط، والطلاق لا يقبل الشرط، فيلغو. ولكنه لو قال: «أردت الإلزام» فهذا أدل على الإلزام من الصيغة الأولى. ولكن قال صاحب «التقريب»: «لا يقبل». وفى كلام غيره ما يدل على القبول. وإن قال: «عنت «أنت طالق» إن ضمنت لى ألفاً» قبل وذلك لو صرح به لاقتضى ضمناً فى المجلس كالتعليق بالإعطاء، إلا أن تقول: «أنت طالق متى ضمنت لى ألفاً» فإن ذلك لا يختص بالمجلس.

ولو قال: «أمرك بيدك فطلقى نفسك إن ضمنت لى ألفاً» فإن جعلنا التفويض تمليكا، اختص الجواب بالمجلس. وإن جعلناه توكيلا، لم يختص. ثم سبيلها أن تقول: «ضمنت الألف وطلقت» أو «طلقت وضمنت الألف» فيقع الطلاق والضمان معاً.

المسألة الثانية: ذكرنا أن الجواب يختص بالمجلس فيما يستدعى الجواب. ولو قال: «إن أعطيتنى» أو «أديت لى ألفاً» أو «أقبضتني»: لم يستدع الجواب باللفظ واختص بالمجلس لقريئة العوض. وفيه وجه بعيد: أنه لا يختص كالتعليقات كلها. وكذلك إذا قال: «أنت طالق إن شئت» اختص الجواب بالمجلس؛ لأن التعليق بالمشيئة يشبه استدعاء جواب وقبول. وكذلك لو قال: «أنت طالق على ألف إن شئت» فقالت: «شئت وقبلت»: اختص بالمجلس وصح، ويكفى قولها: «شئت» أو «قبلت»؛ إذ أحدهما يؤدى المعنيين جميعاً. وفيه وجه: أنه لا بد منهما جميعاً، ويلزم عليه تجويز الرجوع قبل القبول؛ لأنه يغلب فيه مشابهة المعاوضة.

ولو قالت المرأة: «طلقني على ألف» فقال: «أنت طالق على ألف» إن شئت» لم يكن جواباً، بل كان كلاماً مستأنفاً، يستدعي منها جواباً مستأنفاً.

الفصل الثاني في حكم الإعطاء

فنقول: إذا قال: «إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق» فالإعطاء هو أن تضع بين يديه، وليس يشترط قبضه باليد إلا إذا قال: «إن أقبضتني» فلا بد من قبضه عند ذلك.

ثم إذا وضعت بين يديه، وقع الطلاق ودخل في ملك الزوج، ولم يجز لها الرجوع. وفي دخوله في ملك الرجل من غير لفظ منها، إشكال يؤيد تجويز المعاطاة؛ لأنها لم تملك، ولا سبق منها التزام لقبول، إذ لا يشترط القبول. لكن المذهب ما ذكرناه، وسببه أن التعليق يقتضي وقوع الطلاق عند الإعطاء. ثم لا يمكن إيقاعه مجاناً مع قصد العوض، فيدخل في ملكه لضرورة وقوع الطلاق، وعن هذا الإشكال حكى الشيخ أبو علي وجهاً: أن الطلاق يقع ويرد المعطى عليها، ويلزمها مهر المثل: وهذا منقاس ولكنه غريب. وهذا الوجه يجري في قوله: «إن ضمنت لي ألفاً، فأنت طالق»؛ لأنه إذا قالت: «ضمنت» وقع الطلاق بحكم التعليق، ولذلك يتصور تأخره عن المجلس، ولزومه بمجرد قولها: «ضمنت» مشكل؛ لدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء.

أما إذا قال: «إن أقبضتني ألفاً، فأنت طالق»: طلقت بالإقباض طلاقاً رجعيّاً، ولم يملكه الزوج؛ لأن بالإعطاء ينبيء عن الملك دون الإقباض. ومنهم من ألحق الإقباض في اقتضاء الملك.

ومن حكم التعليق أيضاً أنه لو قال: «إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق» فأعطت ألفين، طلقت، وملك الزوج ألفاً؛ لأن «الألفين» مشتمل على الألف، وقد وجدت الصفة بخلاف ما إذا قال: «خالعتك بألف». فقالت: «قبلت بألفين»: لم يصح، لأنه جواب لم يوافق الخطاب، والله أعلم.

الفصل الثالث في التعليق بالنقد

وفيه مسائل: الأولى: إن قال: «إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق وفي البلد نقود مختلفة كلها نكرة خالصة، لكن الغالب في المعاملة واحد فأنت بالغالب: طلقت، وملك الزوج.

ولو أنت بغير الغالب، طلقت ولم يملك الزوج، بل يجب إبداله بالغالب، وإنما طلقت لعموم لفظ التعليق، والعرف إنما يؤثر في المعاملات.

أما التعليق فلا يقع غالباً حتى يؤثر العرف في تعيين العموم، وكذلك لا يؤثر في الإقرار حتى لو قال: «على ألف» فله أن يسلم كل ما ينطلق عليه الاسم؛ لأن الموجب السبب هو المخبر عنه، وذلك مجهول، فكيف يحكم العرف فيه؟! نعم، لو قال: «أنت طالق على ألف» نزل على الغالب؛ لأن هذه معاملة، فتفارق التعليق والإقرار، وبقي الإشكال في أنه وجب إبداله بالغالب، وسببه: أن ملك الزوج من حكم المعاملة فينزل على الغالب، وعند هذا صار وجه الشيخ أبي على في الرجوع إلى مهر المثل أوجه؛ لأنه إن لم يكن المعطى هو المراد، فلم طلقت؟ وإن كان هو المراد، فلم يجب الإبدال؟ فإن جاز الإبدال فالرجوع إلى مهر المثل أولى، وقد قال الشافعي رضي الله عنه: «لو كان الألف الغالب معيًّا، فإذا جاءت به طلقت، ورجع الزوج عليها بالسليم». وهذا يزيد في الإشكال الذي ذكرناه.

المسألة الثانية: إذا كان في البلد دراهم ناقصة في الوزن عليها التعامل بالعدد، وهي نقرة خالصة فلفظ «الإقرار» و«التعليق» لا ينزل عليها، بل على الوازنة الكاملة؛ لأن العرف لا يؤثر فيها. نعم، مطلق البيع، هل ينزل عليه؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لعرف المعاملة. والثاني: لا؛ لأن اللفظ صريح في الوازنة التامة، والعرف لا يغير الصريح، وإنما يخص العموم عند شمول اللفظ.

نعم، لو فسر الإقرار بالناقصة، هل يقبل؟ فيها وجهان. وكذا في تفسير المعلق بالمعتاد. فيه وجهان. وإنما يجري الخلاف في التعليق في العددية الزائدة أما الناقصة، فيقبل التفسير في المعلق بها؛ لأنه توسيع لباب الطلاق.

المسألة الثالثة: إذا كان الغالب دراهم مغشوشة، فلا ينزل عليها إقرار وتعليق، لكن تصح المعاملة عليها، إن كان قدر النقرة معلومًا. وإن كان مجهولاً، ففي صحة المعاملة على أعيانها وجهان. والصحيح: أنه يقبل تفسير المقر بها إذا غلبت في المعاملة.

الفصل الرابع في التعليق بإعطاء ثوب أو عبد

وفيه مسائل: الأولى: إذا قال: إن أعطيتني عبدًا من صفته كيت وكيت ووصفه إلى حد يجوز السلم فيه فإذا أتت بمثله، طلقت، ودخل في ملكه.

أما إذا قال: «إن أعطيتني عبدًا واقتصر، فمهما أتت بعبد سليم أو معيب كيفما كان طلقت، والرجوع إلى مهر المثل؛ لأنه مجهول، فلا يمكن الرجوع إلى قيمته. وإن أتت بعبد مغصوب، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: يقع؛ لحصول الاسم؛ ولأن الرجوع إلى مهر المثل؛ فلا معنى لاشتراط الملك.

والثاني: لا يقع؛ لأن لفظ الإعطاء، ينشأ عما تقدر المرأة على إعطائه.

التفريع: إن شرطنا الملك، فلو قال: «إن أعطيتني حمراً» فهل تكون الخمر المغصوبة المحترمة كالتى لم تغصب؟ فيه تردد، من حيث إن الملك غير متصور فيها، لكن الاختصاص الممكن فيه لا يبعد أن يعتبر.

المسألة الثانية: إذا عين عبداً، فقال: «إن أعطيتني هذا العبد» وقع الطلاق بإعطائه، وملكه. فإن كان معيياً طلقت بحكم التعليق، ولكن يرد عليها، ورجع إلى قيمة السليم أو إلى مهر المثل؟ على اختلاف القولين. وإن خرج مستحقاً قال ابن أبى هريرة: تبين أن الطلاق غير واقع؛ لأنه غير قابل للإعطاء. وقال القاضى: طلقت، والرجوع إلى البذل؛ لأنها أعطت ما عينه الزوج.

فلو صرح وقال: «إن أعطيتني هذا العبد المغصوب؟ فوجهان مرتبان، وأولى بوقوع الطلاق؛ لتصريحه.

ثم إذا صححنا رجوع إلى مهر المثل. وفيه وجه: أنه يقع الطلاق رجعيًا؛ لأنه قنع بغير شيء. وقيل: يطرد هذا فيما لو قال: «إن أعطيتني حمراً» وهو بعيد فى المذهب.

أما إذا قال: «إن أعطيتني هذا الحر» فالظاهر: أن الطلاق يقع بإعطائه رجعيًا؛ لأن الصيغة فاسدة لا تصلح لطلب العوض. وقيل: إن ذلك كالمغصوب والخمر.

المسألة الثالثة: لو قال: «إن أعطيتني هذا الثوب»، وهو مروي فسلمت، فإذا هو هروى: لم تطلق؛ لعدم الشرط.

أما إذا قال: «إن أعطيتني هذا الثوب المروي»، فإذا هو هروى، ففيه تردد؛ لأنه متردد بين صيغة الشرط والإخبار على وجه خطأ فإن لم نجعله شرطاً وقع الطلاق بتسليمه.

ولو قال: «خالعتك على هذا الثوب على أنه هروى»، فإذا هو مروي، وقعت البينونة، سواء وجد الوصف أو لم يوجد، ولكن إن أخلف الوصف ثبت خيار الخلف فى العوض، وفائدته الرجوع إلى مهر المثل أو بدله.

الباب الرابع: فى سؤال الطلاق

وفيه فصول:

الفصل الأول: فى ألفاظها فى الالتماس

وفيه مسائل: الأولى: إذا قالت: «متى طلقتنى فلك ألف» اختص الجواب بالمجلس، بخلاف قول الزوج: «متى ما أعطيتنى ألفاً فأنت طالق» فإنها تطلق وإن أعطت فى غير المجلس، لأن الغالب على جانبه التعليق، وعلى جانبها المعاوضة، فلهذا افترقا.

الثانية: لو قالت: «إن طلقتنى فأنت برىء من الصداق» فقال: «طلقت» نفذ رجعيًا، ولم يبرأ عن الصداق؛ لأن تعليق الإبراء لا يصح، وطلاق الزوج طمعا فى البراءة من غير لفظ صحيح منها فى الالتزام لا يوجب شيئا عليها.

الثالثة: إذا قالت: «طلقتنى، ولك على ألف» فطلقها، لزمها الألف. وهذه الصيغة منها، تصلح للالتزام، بخلاف ما لو قال: «طلقتك، ولى عليك ألف»، فإن ذلك لا يصح لإلزامها، فيحمل على الإخبار. وقال أبو حنيفة رحمه الله: «لا يلزمها المال بذلك» وسوى فيه بين الزوجين.

ولأصحابنا وجه يوافق مذهبه. ولا يطرد ذلك الوجه فى الجمالة، بل هذه الصيغة ملزمة فى الجمالة.

ولو قال: «بمنى ولك على ألف». فقد قيل: إن ذلك كاخلع والجمالة. وقيل: إن ذلك لا يحتل فى البيع.

الرابعة: لو قالت: «طلقتنى على ألف» فقال: «طلقتك» ولم يذكر المال. فإن قال: «لم أقصد الجواب» قبل، وفائدته ثبوت الرجعة، بخلاف ما إذا قيل له: «أطلقت زوجتك؟» فقال: نعم، ثم قال: «لم أقصد الجواب» لم يقبل؛ لأن قوله: «نعم» لا يستقل بنفسه، فيتعين للجواب. وكذلك مجرد قوله: «اشتريت» دون ذكر المال: يتعين للجواب مهما قيل له: «بعت منك».

الخامسة: إذا صدر منها كناية كقولها: «أبنى» وقوله: «أبتك» فإن نوى نفذ، وإن لم ينو لها. وإن نوت دونه لم ينفذ؛ لأن اعتماد البيوتنة على جانبه وإن نوى دونهما نظر:

- فإن جرى ذكر المال من الجانبين، لم ينفذ؛ لأنه لا يصح التزامها من غير نية الفراق.

- وإن لم يجر من الجانبين، نفذ الطلاق رجعيًا.

- وإن جرى ذكر العوض في جوابه - لا في التماسها - لم يقع الطلاق.

- وإن جرى في التماسها - لا في جوابه - بأن قالت: «أبني بألف» فقال: «أبتك» لم يقع الطلاق؛ لأنه إنما رضا بالبينونة بعوض، ولم يوجد منها نية الفراق، فلم يصح التزامها، فصار كما إذا ذكر المال من الجانبين. وفيه وجه بعيد: أن الطلاق يقع رجعيًا، ويجعل قوله: «أبتك» كالمستقل دون الالتماس.

فأما إذا جرى من أحدهما صريح، ومن الآخر كناية، فالكناية مع النية كالصريح، ودون النية كالمعدوم.

ولا خلاف في أنه لو قالت: «أبني» فقال: «أبتك» ونويا الطلاق ولم يذكر العوض أن هذا لا يقتضي العوض، بخلاف لفظ «الخلع»؛ فإن لفظ «الخلع» ينسب عن العوض بخلاف لفظ البينونة.

الفصل الثاني: في التماسها طلاقًا مقيّدًا بعدد

وفيه أربع مسائل: إحداها: أن تقول: «طلقني ثلاثًا بألف» فطلقها طليقة واحدة؛ استحق ثلث الألف كما ذكرناه على قياس الجمالة بخلاف جانبه.

فإن لم يبق له عليها إلا طليقة، فقالت: «طلقني ثلاثًا بألف» فطلق طليقة واحدة؟ قال الشافعي رضي الله عنه: «استحق جميع الألف؛ لأن مرادها البينونة الكبرى، وقد حصلت بكمالها».

وقال المزني رحمه الله: يستحق ثلث الألف اتباعًا للحساب. وقال أبو إسحاق المروزي: إن علمت أنه لم يبق إلا واحدة، استحق الجميع. وإن لم تعلم استحق الثلث. ولا تقرير بعد هذا على مذهبه.

أما إذا بقيت له طليقتان، فطلق واحدة، استحق الثلث عند الشافعي رضي الله عنه والمزني جميعًا؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أيضًا يتبع الحساب إلا إذا حصلت البينونة الكبرى. وإن طلقها اثنتين استحق الجميع عند الشافعي رضي الله عنه، والثلثين عند المزني.

فلو قالت: «طلقني عشرا بألف» استحق بالواحدة العشر، وبالثلثين الخمس بالاتفاق. وأما بالثلاث استحق الجميع عند الشافعي رضي الله عنه، وقياس المزني: أنه يستحق

ثلاثة أعشار المال. وقيل تخريجا على قياسه إنه إنما يوزع على العدد الشرعى. ويوافق الشافعى رضى الله عنه فى استحقاق الجميع بالثلاث فى هذه الصورة.

الثانية: إذا قالت: «طلقنى ثلاثا بألف» فقال: «أنت طالق واحدة بألف، وثنتين بجانا». قال جماعة من أئمة المذهب: «تقع الواحدة بثلاث الألف، والزيادة لا تلزمها، والثنان بعدها لا تقعان؛ لأنها صارت بائنة بالأولى». وهذا لا وجه له، بل ينبغي أن لا تقع الأولى؛ لأنه ما رضى بوقوعها إلا بألف، وهى ما التزمت على واحدة إلا لثلاث. نعم، تقع الطلقتان بجانا، وهما رجعتان.

أما إذا عكس فقال: «أنت طالق واحدة بجانا، واثنين بثلاث الألف»: وقعت واحدة رجعية، وتخرج الثنتان على مخالفة الرجعية: إن جوزنا، نفذنا أيضا بثلاث الألف. وإن منعنا وقعت طلقتان أيضا إذا قبلت؛ لأن الرجعية يلحقها الطلاق. وباجملة إذا خالع الرجعية على قولنا: لا تصح مخالفتها كان كمخالفة السفهية، حتى يقع طلاق بلا عوض.

الثالثة: إذا قالت: «طلقنى واحدة بألف». فقال: «أنت طالق ثلاثا». قال الشافعى رضى الله عنه: «طلقت ثلاثا، واستحق الألف؛ لأنه أجابها وزاده وإليه صار أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يستحق شيئا؛ لأنها لم تلتمس البينونة الكبرى. وسلم أنها لو قالت: «طلقنى ثلاثا بألف» فطلق واحدة، أنه استحق ثلاث الألف وإن خالف.

أما إذا أعاد الزوج ذكر المال، فقال: «أنت طالق ثلاثا بألف»: فأكثر الأصحاب على أنه لا فرق بين أن يعيد، أو لا يعيد. وحكى الفورانى وجهها عن القفال: أنه إذا أعاد، فقد قابل كل طلقة بثلاث الألف، فلا يلزمها إلا ثلث الألف، ووقع الثلاث.

أما إذا لم يعد ذكر المال أمكن أن يقال: التمسست واحدة، فأجابه إلى بينونة أغلظ منها، فيرجع إلى زيادة صفة، أما هاهنا فيظهر التوزيع، ولكن يلزم على قياس القفال أن لا يقع إلا واحدة؛ لأنه قابل طلقتين بثلاث الألف، وهى ما قبلت، وقيل بهذا أيضا، ويلزم ألا تقع الأولى أيضا؛ لأنها التمسست بألف، فأجاب بثلاث الألف، فهو كقوله: «يعنى بألف»، فقال: «بعت بخمسائة» فإنه لا يكون جوابا. وقد قيل بهذا أيضا. وقد قيل فى البيع أيضا: إنه يصح، وقيل أيضا: إذا قالت: «طلقنى واحدة بألف» فقال: «طلقت واحدة بخمسمائة»: إنه يستحق تمام الألف؛ لأن تقدير العوض إليها، لا إليه.

وعلى الجملة، مذهب أبي حنيفة رحمه الله فى صورة إعادة المال أوجه.

الرابعة: إذا قالت: «طلقنى نصف طلاقه بألف» أو «طلق نصفى» أو «يدى بألف»، فأجابها: نفذ الطلاق، وفسد العوض؛ لفساد صيغة المقابلة فيرجع إلى مهر المثل. وفيه وجه منقاس: أنه يثبت المسمى؛ لأنه خصص العوض بما لا يختص به، ولكن كمله الشرع، فلا يعد أن ينزل منزلة المقابلة بالكامل.

الفصل الثالث فى استدعائها طلاقا معلقا بزمان

وفيه صور: الأولى: أن تقول: «طلقنى غداً، ولك ألف» فإن طلق بعد غد، نفذ رجعيًا ولا مال له؛ لأنه خالف. وإن طلق فى الغد، وقعت البيوتنة، وفسد العوض؛ لأنه لا يحتمل التعليق؛ فيرجع إلى مهر المثل.

ولو طلق فى الحال - أو قبل الغد - فقد أحاب وزاد، إذ عجل: فيثبت مهر المثل وفى كل حال لا يستحق المال قبل الطلاق.

الثانية: أن تقول: «خذ منى ألفاً، وأنت مخير فى تطليقى من اليوم إلى شهر، فلك الألف متى لم تؤخر عن الشهر» فمهما طلقها فى الشهر على قصد الإجابة، استحق مهر المثل كالصورة الأولى، وهذا بخلاف قولها: «متى ما طلقتنى فلك ألف»؛ فإن «متى ما» وإن كان ظاهرًا فى التأخير فلا يستحق العوض إلا بطلاق فى المجلس؛ لأن قرينة العوض قابل عموم اللفظ، فخصصه بالمجلس. وأما هاهنا فرفعت الاحتمال بالتصريح والتخير فى الشهر. ومن الأصحاب من نقل الجواب من كل مسألة إلى أختها، وسوى بينهما.

الثالثة: إذا قال: «أنت طالق غداً على ألف» فقالت: «قبلت» فإذا جاء الغد وقع الطلاق بائناً، وفيما يلزمها وجهان:

أحدهما: مهر المثل؛ لأن المعاوضة، لا تقبل التعليق، وهذا تعليق معاوضة.

والثانى: أنه يصح ويجب المسمى؛ لأن مقابلة المعلق بالمال، كمقابلة المنجز، والمعاوضة إنما صحت بوجود شقى الإيجاب والقبول فى الحال من غير تعليق، فإذا صح قوله: «إذا أعطيتنى ألفاً فأنت طالق» من غير قبول منها، فبأن يصح هذا التعليق مع قبولها فى الحال: أولى. وفيه وجه ضعيف: أن الطلاق لا يقع أصلاً، لأنه علق بالعوض ولا سبيل إلى إثبات العوض بالتعليق، ولا إلى إيقاع الطلاق وقد علقه بالعوض.

ثم إذا أوقعنا الطلاق عند مجئ الغد، وجب العوض بعد نفوذ الطلاق، ولا يجب

بمجرد قبولها في الحال، وليس لها الرجوع بعد القبول؛ لأنه قد تم شقا العقد بالقبول.

الفصل الرابع: في سؤال الأجنبي واختلاعه

واعلم أن اختلاع الأجنبي، كاختلاع المرأة في جميع صيغ الالتزام وأحكامه؛ لأن الطلاق مما يستقل به الزوج، وإنما يحتاج إلى قبولها لالتزام المال.

وللأجنبي أن يلتزم المال على سبيل الفداء، لكن الأجنبي، إن كان وكيلًا من جهتها فله أن يعقد لها ولنفسه، وينظر إلى لفظه ونيتة، ومطلقه يقع من جهة الوكالة، ولكن إن لم يصرح بالسفارة تعلقت به العهدة، وطولب بالعوض، كالوكيل في الشراء.

وإن قال الأجنبي: «اختلعت بوكالتها» ثم بان أنه لم يكن وكيلًا، تبين أن الطلاق لم يقع؛ لأن الخطاب كأنه معها، ولم يجز قبولها، ولا قبول نائبها.

فرع: أبوها إذا كان هو المختلع فهو كالأجنبي. وإن كانت طفلة، فاختلعها بمال نفسه، فهو كالأجنبي. وإن اختلعها بمالها، فله أحوال:

الأولى: أن يقول: «اختلعت على سبيل الولاية بمالها» أو «بهذا العبد من مالها»: لم يقع الطلاق، بل هو كالوكيل الكاذب.

الثانية: أن يقول: اختلعت على سبيل الاستقلال، لكن بهذا العبد من مالها فهو كالاختلاع بالمال المغصوب وقد سبق.

الثالثة: أن يقول: «اختلعت بهذا العبد الذي هو من مالها» ولم يتعرض لما يزيد على هذا من نيابة أو استقلال وقع الطلاق رجعيًا كاختلاع السفينة، وكأنه أهل للقبول ومحجور عليه في مالها، كالسفينة محجور عليها في مال نفسها. وهذا فيه غموض؛ لأن المختلع بالمغصوب لو أضاف المال إلى المالك وقع الطلاق بائنًا. وقيل: الفساد في العوض فقط، فخرج القاضي وجها هاهنا: أنه كالمغصوب، وخرج في المغصوب هاهنا وجها أن الطلاق يقع رجعيًا.

الرابعة: أن يقول: «اختلعت بهذا العبد» ولم يذكر أنه من مالها، فإن الزوج جاهلًا به، فهو كما لو خرج العوض مستحقًا، وإن كان عالمًا فوجهان:

أحدهما: أنه يصير المعلوم كاللذكور لفظًا، فيقع الطلاق على المشهور رجعيًا.

والثاني: أنه يكون كما لو كان جاهلًا؛ نظرًا إلى مجرد اللفظ.

الخامسة: أن يختلعها بالبراءة عن الصداق. فإن جوزنا له العفو عن صداقها في

الاختلاع، صح الخلع كما لو اختلعت بنفسها، وإن منعنا ذلك وهو الصحيح ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو ظاهر النص أن الطلاق يقع رجعيًا كالسفيهية.

والثاني: أنه كالوكيل الكاذب حتى لا يقع الطلاق؛ لأن إضافته إلى الصداق وهو أب يشعر بأنه كالنائب، أما إضافة إلى العبد، فهو بالمغضوب أشبه.

والثالث: أن يقع الطلاق باتًا، ويجب مهر المثل كالعبد المغضوب.

السادسة: أن يقول: «خالعها وأنا ضامن براءتك»، فالقياس أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يلزمه شيء؛ لأن ضمان عين البراءة محال، فيلغو المال، ويصح القبول وإن قال: «طلقها وإن طولبت بالصداق، فأنا ضامن براءتك» فتحصل البينونة، ويجب مهر المثل؛ لفساد صيغة الالتزام.

وضابط النظر في هذه المسائل: أن الخلع إنما يختل، إما بسبب في نفس القبول، فيوجب نفى أصل الطلاق، أو لخلل في نفس الالتزام، فيوجب نفى البينونة، لا نفى الطلاق، أو لخلل في الملتزم لا في الالتزام، كالخمر والمغضوب، فيوجب نفى المسمى، لا نفى البينونة، ويكون التردد في أصل الطلاق للتردد في صحة القبول، والتردد في البينونة للتردد في صحة أصل الالتزام، والتردد في المسمى للتردد في صحة الملتزم. والله تعالى أعلم بالصواب.

الباب الخامس في النزاع في الخلع

وهو أنواع: الأول: أن يقع في أصل العوض، أو جنسه أو قدره.

فإن وقع في «الأصل»، فالقول قولها إذا أنكرت العوض. وإن حلفت وقعت البينونة؛ مواخذة للرجل بقوله: «إنى خالعت على عوض».

وإن تنترعا في الجنس، فقال: «خالعتك بدراهم» فقالت: بيل بفلوس، تحالفنا، والرجوع إلى مهر المثل كما في الصداق، وكذلك في المقدار. وإن توافقا على جريان الخلع بألف درهم، ولكن قال الزوج: «أردنا به الدراهم»، وقالت: بيل أردنا الفلوس، فهذا يستدعي مقدمة: وهي أنه لو كانت النقود مختلفة ولا غالب فيها فقال: «بعث بألف درهم»، وقال: «اشتريت بألف درهم» ولم يتعرضا للجنس، ولكن توافقا على إرادة نوع واحد، لم يصح البيع، ولم يحتمل هذه الجهالة فيه، والمشهور الظاهر في «الخلع» أنه يحتمل ذلك، ويكفي فيه النية أو العلم بالعوض - وإن كان شرطًا لثبوت

المسمى لكن يحتمل فيه مالا يحتمل في البيع، ولذلك حصل الملك بمجرد الإعطاء من غير لفظ، وهذا ليس يخلو عن إشكال.

ثم لا خلاف، أنه لو قال: «خالعتك على ألف»، وقبلت وتوافقا على إرادة نوع واحد: لم يحتمل هذا؛ لأن اللفظ صريح في الاحتمال والترديد بين الأنواع، وإنما المذكور مجرد العدد، وهو عرضي، لا ينبيء عن ماهية جنسية ولا نوعية، بخلاف ما إذا ذكر الدراهم، فإنه لم يبق إلا التفصيل بالصفات، فلا يبعد تخصيص عمومه بالنية. وفي كلام القاضى دلالة على أن عموم الألف، كعموم الدراهم، مع أنه قطع بأنه لو قال: «ألف شيء»، لم تؤثر النية، لأن لفظ «الشيء» أكد في حقيقة الاحتمال، والنية لا تغيره. وقال الشيخ أبو محمد: «النية في الدراهم أيضا، إنما تؤثر إذا توافقا قبل العقد على ما يقصدان به، فإن لم يسبق التواطؤ؛ فلا يؤثر توافق النية». وكأنه يلتفت على معنى مسألة السر والعلانية. ولا يخفى أن يعتبر هذا بالنية من إرادة الألف بالألفين؛ فإن ذلك تغيير صريح. فنعود إلى النزاع، وله صور:

الأولى: أن يقول الزوج: «أردنا الدراهم جميعا» وقالت: «بل أردنا الفلوس جميعا»، فهذا نزاع في الجنس فيتحالفان. وفيه وجه بعيد: أن التحالف لا يجري؛ لأنه نزاع في النية، وإنما اختلاف الجنس يتولد منه تبعا. وهو ضعيف.

الثانية: أن يتوافقا على جانب الزوج، وإرادته الدراهم، ولكن قالت المرأة: «أردت الفلوس» فالقول قولها، وإذا حلفت انتفى عنها العوض ووقعت البيونة؛ مواخذة له بقوله.

الثالثة: أن يتوافقا على جانبها، وإرادتها الفلوس، ولكن قال الزوج: «أردت الدراهم»، فلا فرق؛ لاختلاف الجواب، فحكم هذا أن البيونة واقعة؛ لأننا ننظر إلى الملفوظ، وقد قال: «خالعتك على ألف» فقالت: «قبلت» فلا مطلع على النية. ويلزم من هذا، أنهما لو توافقا أيضا على اختلاف القصد، وقعت البيونة؛ لظاهر اللفظ. ولو تصور اطلاع كل واحد منهما على باطن صاحبه حتى تتحقق المخالفة في النية، فينبغي أن لا يقع الطلاق باطنا. ثم قال القاضى: «للزوج مهر المثل؛ لأن البيونة وقعت ظاهرا، ولغا أثر النية، فبقى اللفظ مجهولا». وكأن النية عنده إنما تؤثر إذا توافقا فيه، واتفقا عليه. فإذا لم يتفقا لغت النية، ونظر إلى مجرد اللفظ، وهو بعيد؛ لأن موجب قول الزوج، أن لا بينونة ولا عوض، فالحكم عليه بالبينونة له وجه، أما الحكم له بالعوض وهو لا يدعيه فبعيد.

الرابعة: توافقا على أنه أراد الدراهم، فقالت: «أردت الدراهم أيضاً، وحصت الفرقة» وقال: «أردت الفلوس ولا فرقة»: فالقول قولها في نيتها، فإذا حلفت حصت الفرقة، وعند القاضي: «له مهر المثل، وإن كان هو منكراً للفرقة» وهو بعيد.

الخامسة: أن يقول: «أردت الدراهم» وما ادعى عليها شيئاً، وقالت: «أردت الفلوس»، وما ادعت عليه شيئاً: فالفرقة أيضاً حاصلة، وقال القاضي: «يتحالفان»، وهذا لا وجه له؛ لأنه ليس يدعى عليها مالا معيناً، فكيف يحلف؟!.

النوع الثاني الاختلاف في العوض: فإذا قالت: «سألتك ثلاث طلاقات بألف، فأجبني» فقال: «بل طلقه بألف فأجبك»، فقد اتفقا على الألف، وتنازعا في مقدار المعوض: فيتحالفان، والرجوع إلى مهر المثل. فأما عدد الطلاق فلا يعتبر فيه إلا قوله؛ فلا تزيد على واحدة. فإن قيل: فإذا كان القول قوله في عدد الطلاق والألف متفق عليه فأى معنى للتحالف، ولا فائدة له إلا إبدال الألف المتفق عليه بمهر المثل؟.

قلنا: مقتضى التحالف إبطال العوضين، لكن الطلاق لا يقبل الإبطال، فجرينا على قياس التحالف في تطرق الفسخ إلى ما يتطرق إليه خاصة.

النوع الثالث النزاع في المستحق: فإذا ادعى عليها الاختلاع، فقالت: «إنما اختلعتني الأجنبي» فالقول قولها في إنكار الاختلاع، ولا رجوع له على الأجنبي؛ لاعترافه بأنه لم يختلع.

أما إذا قالت: أضفت الاختلاف إلى أجنبي وكنت سفيرة له ففيه وجهان: أحدهما: أنهما يتحالفان؛ لاتفاقهما على أصل الالتزام، واختلافهما في صفة الإضافة. والثاني: أن القول قولها؛ لأنها أنكرت أصل الالتزام.

كتاب الطلاق^(١)

والنظر في شطرين:

أحدهما: في عموم أحكامه. والثاني: في التعليقات خاصة.

أما الشطر الأول، ففيه مئة أبواب:

الباب الأول: في معنى السنة والبدعة

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في مواقع السنة والبدعة

وقد اتفق العلماء على انقسام الطلاق إلى سني وبدعي. فالبدعي: هو الطلاق المحرم إيقاعه وإن كان نافذاً. والسني: ما لا تحريم فيه.

(١) الطلاق: اسم مصدر لـ «طلق» بالتشديد، ومصدره التطلق، ومصدر لـ «طلق» بالتخفيف. يقال: طلقت المرأة طلاقاً، فهي طالق. وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظين عند اختلاف المعنيين، تقول: أطلقت إبلى وأسيري، وطلقت امرأتى، فاستعملوا في النكاح التفعيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد كان صريحاً، وبالتخفيف، كان كناية. وله معاني كثيرة منها: الفراق، والترك، والتخلية، والإرسال.

انظر: المصباح النير (٥٧٣/٢)، الصحاح (١٥١٨/٤)، لسان العرب (٢٢٥/١٠). قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٢٠/٦): قال في الفتح: الطلاق في اللغة حل الوثاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك وفلان طلق اليد بالخير أى كثير البذل وفي الشرع حل عقدة التزويج فقط وهو موافق لبعض أفراد مدلوله اللغوي. قال إمام الحرمين هو لفظ جاهلي ورد الشرع بتقريره. وطلقت المرأة بفتح الطاء وضم اللام وبفتحهما أيضاً وهو أفصح، وطلقت أيضاً بضم أوله وكسر اللام الثقيلة فإن مخففت فهي محاص بالولادة، والمضارع فيهما بضم اللام والمصدر في الولادة طلقاً ساكنة اللام فهي طالق فيهما.

ثم الطلاق قد يكون حراماً ومكروهاً وواجباً ومندوباً وجائزاً. أما الأول: فقيماً إذا كان بدعيًا وله صور.

أما الثاني: فقيماً إذا وقع بغير سبب مع استقامة الحال.

أما الثالث: ففي صور منها الشقاق إذا رأى ذلك الحكماء.

أما الرابع: فقيماً إذا كانت غير عفيفة.

أما الخامس: فنفاه النووي وصوره غيره بما إذا كان لا يريد بها ولا تطيب نفسه أن يتحمل موتها من غير حصول غرض الاستمتاع فقد صرح الإمام أن الطلاق في هذه الصور لا يكره. اهـ.

والبدعي: هو الطلاق الواقع بعد المسيس في الحيض دون سؤالها، والواقع في طهر جامعها فيه، ولم يتبين حملها^(١)، فهذان أصلان:

أما الأول: وهو الحيض فيحرم فيه الطلاق بعد المسيس، ولا بدعة في طلاق غير المسوسة أصلاً وأما المسوسة فيحرم طلاقها في الحيض بغير سؤالها؛ لما روى أن ابن عمر، رضي الله عنهما، طلق امرأته في الحيض، فقال رسول الله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء»^(٢) وأراد به قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] أي: لقبل عدتهن، حتى يسرعن عقيب الطلاق في العدة المحسوبة؛ فإن بقية الحيض لا تحسب، فتطول العدة. ثم أمر ﷺ زوجته ثابت

(١) لأن الحمل إذا بان لم يكن الطلاق بدعيًا.

(٢) اللفظ الذي أورده المصنف من أضبط الأسانيد إلى ابن عمر، وأصحها متناً فهو مما وافق نصوص الآيات القرآنية التي نزلت في آخر التشريع القرآني في موضوع الطلاق، وهو يدل على أن الطلاق قد صار لمن أراد أن يطلق بعد العدة، أي بعد القراء الثالث حيضة كانت أو طهر على حسب المذهب للاتباع وهو الصحيح الموافق لقوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ أي تمام عدتهن مثل قوله تعالى: ﴿وَوَاعِدْنَا مُوسَى لِمِيقَاتِنَا﴾ أي لتمام ميقاتنا وليس لأوله. وهذه هي لأم الغاية.

وقد جاء هذا الحديث بألفاظ أخر صحيحة أيضاً، ولكن تعثر بها علة خطيرة من علل المتن وهي علة الإيجاز النقلي، وتقع خطورة الإيجاز الأخير في تغيير شكل الحكم الشرعي النهائي وقلبه رأساً على عقب. فمن ألفاظه [مره فليراجعها ثم ليطلقها لظهرها] ولا يخفى عليك أن الإيجاز النقلي هنا قد عكس الأمر وقلبه رأساً على عقب فبينما يدل الحديث الأول على ما بيناه من قبل. فإن الإيجاز قلب المعنى تماماً إذ تصور بعض الرواة من معنى [وإن شاء طلق قبل أن يحبس] أن العبرة في الطلاق بالطهر، وأسقط إيجازاً اعتبار العدة التي جعل الله حدوث إحصائها شرطاً لازماً لوقوع الطلاق في دبرها فكان الإيجاز الذي حدث هكذا [مره فليراجعها ثم ليطلقها لظهرها].

وبالغ بعض الرواة في أحد طرق هذا الحديث في الإيجاز فلم يورد إلا اللفظ [مره فليراجعها] ولم يذكر أي شيء آخر على الرغم من أن الإسناد المتقول عليه اللفظة هذه متصل كامل ومستقيم صحيح ولكن رجاله أضعف ضبطاً من رجال السلسلة الذهبية التي ذكرنا متنها الأول وهي رواية مالك عن نافع عن ابن عمر.

والحديث الذي ذكره للمصنف أخرجه البخاري (٥٢٥١)، مسلم (١٤٧١)، أبو داود (٢١٧٩)، الترمذي (١١٧٦)، النسائي (١٣٧/٦)، ابن ماجه (٢٠١٩)، وهذا للحديث طرق وألفاظ كما بينت سابقاً فلتراجع في مواضعها لعدم الإطالة.

بالافتداء، ولم يستفصل «أهى حائض أم لا؟»^(١) فدل على أن الخلع مستثنى، ولا تحريم فيه.

فمنهم من فهم أن ذلك لكونها راضية، فكأنه جوز تطويل العدة برضاها، وقال: لا حرمة فى الطلاق بسؤالها، وإن لم يكن بمال، ويجرم اختلاع الأجنبية؛ لعدم رضاها، ومنهم من جعل ذلك من خاصية الافتداء؛ لأنه لا ييذل إلا لضرورة، فجوز اختلاع الأجنبية، وحرّم الطلاق وإن كان بسؤالها، ويشهد لذلك جواز الطلاق للمولى إذا طوّل به؛ لأن ذلك واجب بنوع ضرورة. فاتفقوا على جواز الخلع وطلاق المولى، وترددوا فى اختلاع الأجنبية، والطلاق برضاها.

وأما قوله: إن دخلت الدار، فأنت طالق، فلا بدعة فيه وإن جرى فى الحيض، لكن ينظر: إن اتفق الدخول فى الحيض، نفذ الطلاق بدعيا، وفائدته: أنه يؤمر بالرجعة على سبيل الاستحباب. وإذا رجع، فهل يجوز أن يطلقها فى الطهر الأول بعده؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ إذ لا معنى للمنع فى الطهر، وقد ورد فى بعض الروايات: «مره فليراجعها حتى تطهر»^(٢).

والثانى: أنه يصبر إلى الطهر الثانى؛ لأن ذلك يؤدى إلى أن تكون الرجعة لأجل الطلاق، وذلك لا يليق بمحاسن الشرع، ويشهد لذلك حديث ابن عمر. وعلى هذا تردّدوا فى أنه، هل يستحب أن يجامعها حتى يظهر مقصود الرجعة؟.

أما إذا طلقها طلاقا غير بدعى، ثم راجعها، فله أن يطلقها فى الحال؛ إذ لا بدعة حتى تستدرك.

(١) سبق تخريج الحديث مع ذكر متنه فى بدء كتاب الطلاق فليراجع.

(٢) قد بينا من قبل أن هذه الرواية ومثيلاتها مع صحة سندها فهى تعتبرها علة الإيجاز القلبي التى أشرنا لها من قبل. فإن قيل يجوز العمل بالروايتين لصحتهما. قلنا هذا صحيح إن كانت لكل رواية قصة وواقعة تختلف عن الأخرى، وهاتنا القصة والواقعة واحدة وهى لابن عمر رضى الله عنهما الذى تعددت فى قصته الروايات بألفاظها المختلفة المتباينة، والمعروف قطعاً لكل دى عقل استحالة خروج ألفاظ مختلفة متباينة الأحكام من فم النبى ﷺ فى وقت واحد لحادثة واحدة بل حروح لفظ واحد، ومن ثم يجب على علماء الحديث والفقهاء استبعاد الألفاظ التى سیر أنها من تصرفات الرواة ومقارنة متون الحديث الواحد ذو القصة الواحدة للوصول إلى اللفظ الواحد الذى عرج من قول النبى ﷺ لاستنباط الحكم منه، وقد أوضحت هذه المسألة فى كتابى (المدخل الأصولية للاستنباط من السنة النبوية المدخل السابع فى كيفية استخراج الحديث من مصادره).

وأما اجمع بين الثلاث، فلا بدعة فيه، خلافاً لأبى حنيفة رحمه الله نعم الأولى أن يفرق؛ كيلا يلحقه ندم.

فروع: إذا قال: «أنت طالق مع آخر جزء من الحيض» فهذا طلاق يصادف حيض، ولكن يستعقب العدة. فمنهم من نظر إلى المعنى وقال: «هو سنى»، ومنهم من نظر إلى المظنة وهو الحيض فقال: هو بدعى. وكذا الخلاف فيما إذا قال: أنت طالق مع آخر جزء من الطهر. ولعل النظر إلى المظنة أولى.

الأصل الثانى: فى بدعة الطلاق فى طهر جامعها فيه. وهو بدعة، إلا أن يكون عالماً بكونها حاملاً، فيحل الطلاق؛ لأن المحذور حقوق الندم بسبب الجهل بالولد.

واستدخالها ماء الزوج، فى معنى الوطء؛ لأنه يتوقع منه الولد. والإتيان فى غير المأتى، فيه تردد؛ فإنه وإن لم يتوقع منه الولد فالعدة تجب به. وترددوا فيما لو وطئها فى الحيض، ثم طهرت، أنه هل يحرم طلاقها؛ لأن بقية الحيض قد تدل على عدم الولد دلالة دون دلالة ابتداء الحيض؟.

والظاهر أنه لا بدعة فى خلعه أيضاً كما فى حالة الحيض، ومنهم من قال: السبب هاهنا حذار الولد، ورضاها لا يؤثر، والمحذور ثم طول العدة، فلا يبعد أن يؤثر رضاها فى حقها.

وقد خرج من هذا، أن خمساً من النسوة لا بدعة فى طلاقهن ولا سُنّة: غير المسوسة. والحامل ييقن. والآيسة والصغيرة؛ إذ لا حيض لهما ولا ولد. والمختلعة.

الفصل الثانى

فى إضافة الطلاق إلى السنّة والبدعة، تنجيهاً وتعليقاً

وفيه مسائل: الأولى: إذا قال للحائض: «أنت طالق للبدعة» وقع فى الحال. وإذا قال: للسنّة، لم يقع حتى تطهر. وكذا إن قال للتي طهرت قبل الجماع: «أنت طالق للسنّة» وقع الطلاق فى الحال. وإن قال: «للبدعة»، لم تطلق حتى تجامع أو تحيض. والمقصود: أن «اللام» للتأقيت، فيما يشبه الأوقات، كالسنّة والبدعة، فهو كقوله: «أنت طالق لرمضان» فإنه تأقيت برمضان. وأما ما لا يشبه الأوقات، فـ«اللام» فيه للتعليل، كقوله: «أنت طالق لرضى فلان» فإنه يقع فى الحال رضى فلان أو سخط، وقوله: «أنت طالق لدخول الدار» فهو تعليل يقع فى الحال، بخلاف قوله: «لقدوم زيد» فإنه تأقيت بالقدوم؛ لأن القدوم مما ينتظر، كالحيض والطهر.

وإنما صريح لفظ التعليق: «إن» و«إذا». وأما «اللام» فهو للتعليل ظاهراً، إلا فيما يشبه الأوقات. وحيث حملنا على التعليل، فلو قال: «أردت التأقيت» فيدين في الباطن، وهل يقبل ظاهراً؟ فيه وجهان. وهذا فيما إذا خاطب متعرضة للسنة والبدعة، فإن خاطب صغيرة؛ أو آيسة، أو غير مدخول بها، فهو للتعليل حتى يقع الطلاق في الحال، سواء قال: «أنت طالق للسنة، أو للبدعة»، وفيه وجه: أنه لو قال: للسنة، وقع في الحال؛ فإن معناه طلاق لا تحریم فيه. ولو قال: «للبدعة»، لم يقع حتى تحيض الصغيرة، وحتى يدخل بغير المدخول بها.

أما إذا قال لمتعرضة للحالتين: «إذا قدم زيد، فأنت طالق للسنة» فإن قدم وهي حائض لم يقع حتى تطهر، وإن قال: «للبدعة» وقدم وهي في طهر لم يجامع فيه، لم تطلق حتى تحيض، أو يجامع.

وإن علق بمجرد القدوم فقدم، وهي حائض نفذ طلاقاً بدعياً، وإن لم تكن في حالة التعليق من أهل السنة والبدعة: نُظر إلى حالة الوقوع لا إلى التعليق.

فروع: لو قال في طهر لم يجامعها فيه: «أنت طالق للبدعة» فإذا جامع، وقع الطلاق كما غابت الحشفة، وهل يلزمه بدوام الوطء إن لم ينزع في الحال مهر آخر؛ من حيث يجب المهر بابتداء وطء الرجعية؟ فيه قولان، مأخذهما أن دوام الوطء هل هو كابتدائه؟ والأظهر: أنه لا يجب؛ لأن مهر النكاح تناول أول هذا الوطء، فلا يعض حكمه وإن تغير الحل في أثناؤه.

الثانية: إذا قال: «أنت طالق ثلاثاً، بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة» فإن قال: أردت إيقاع طلاق ونصف في الحال، قبل، وكملت طلقتان. وإن قال: أردت وقوع تنتين في الحال، قبل. ولو قال: أردت إيقاع ثلاثة أنصاف في الحال، وقع الثلاث في الحال. وإن قال: لم يكن لي نية، حمل على التشطير، ووقع في الحال طلاق ونصف، ولكن تكمل طلقتان، وهو كما لو قال: هذه الدار، بعضها لزيد، وبعضها لعمر، حمل مطبقه على التشطير؛ لأن الأكثر لا يسمى بعضاً في الظاهر. فلو قال: أردت واحدة في الحال، وتنتين في المستقبل، فالظاهر أنه يقبل. وفيه وجه: أنه لا يقبل؛ لأن تسمية التنتين من الثلاث بعضاً بعيد. وقال المزني: «قياس قول الشافعي رضي الله عنه: أن لا يقع في الحال إلا طلاق، إذا لم ينو شيئاً؛ لأن البعض مجمل، فينبغي أن ينزل على الأقل؛ إذ يحتمل الواحد ويحتمل واحداً ونصفاً». وليجعل هذا تخريجاً منه على مذهب الشافعي رضي الله عنه.

الثالثة: إذا قال: «أنت طالق أحسن الطلاق، أو أفضله، أو أجمله، أو غير ذلك من صفات المدح» فهو كما لو قال: «أنت طالق للسنة». فلو كانت في حال البدعة، لم يقع في الحال. وإن كانت في حال سنة، وقع في الحال.

ولو كانت في حال بدعة فقال: «أردت بأحسن الطلاق أعجله» وقع في الحال؛ لأنه إظهار احتمال في جانب الوقوع.

ولو قال: «طالق أقبح الطلاق وأسمجه» فهو كقوله: «أنت طالق للبدعة»، ولو قال: «أنت طالق طلاق حسنة قبيحة، أو بدعية سنة، وقع في الحال، سواء كانت متعرضة للحالتين، أو لم تكن؛ لأنه وصف متناقض، فيلغو، ويبقى قوله: «أنت طالق»، وهو كقوله: أنت طالق طلاقاً لا يقع، فإنه يقع في الحال، ولا نبالي بهذيانه.

الرابعة: إذا قال: «أنت طالق ثلاثاً، في كل قرء طلاق» فلها أحوال خمس:

إحداها: أن لا يكون مدخولاً بها، فإن كانت في الحيض، لم يقع شيء؛ لأن القرء عند الشافعي رضي الله عنه: طهر محتوش بحيضتين، فإذا طهرت أو كانت في الطهر وقعت واحدة وبانت، ولا تلحقها الأخرى. فإن طهرت طهرين، ثم جدد نكاحها، فقد انحل الميمن؛ فلا يعود وقوع الطلاق وإن رأينا عود الحنث؛ لأنه معلق على الأقراء وقد انقضت. وإن جدد نكاحها قبل الانقضاء ابتنى على عود الحنث.

الثانية: أن تكون صغيرة، فهل تقع في الحال واحدة؟ فيه وجهان، مأخذهما: أن الانتقال من الطهر إلى الحيض، هل هو قرء؟ أو القرء: طهر محتوش بحيضتين؟.

الثالثة: أن تكون آيسة، فهل تقع في الحال واحدة؟ فيه أيضاً وجهان كما في الصغيرة.

الرابعة: أن تكون مدخولاً بها من ذوات الأقراء وهي حائل، فيقع في طهرها طلاق، وتشرع في العدة، وتلحقها الثانية والثالثة في الطهرين الآخرين، وهل تستأنف العدة، أو تبني على عدتها؟ فيه خلاف.

الخامسة: أن تكون حاملاً، فإن كانت لا ترى الدم أو قلنا: دم الحامل دم فساد وقع في الحال واحدة، وتبين بالولادة. وإن كانت ترى الدم وقضينا بأنه حيض وقعت واحدة وهل يتكرر الطهر في مدة الحمل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه طهر بين حيضتين. والثاني: لا؛ لأن القرء، ما يدل على البراءة. وهذا لا دلالة له أصلاً.

المسألة الخامسة: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً للسنّة، ثم قال: أردت التفريق على الأقرء، لم يقبل ظاهراً؛ لأنه لا سنة في تفريق الطلاق عندنا، واللفظ لا ينبىء عنه. وكذلك لو قال: «أنت طالق ثلاثاً» ولم يقل: «للسنّة ثم فسرنا بالتفريق» فهل يدين باطناً؟ فيه وجهان كما لو قال: «أنت طالق» ثم قال: «أردت به: إن دخلت الدار» ومأخذه: أن مجرد النية لا تؤثر؛ فإنه لو طلق بالنية، لم يقع خلافاً لمالك رحمه الله. وإن ذكر لفظاً، ونوى معه أمراً، لو صرح به لانتظم مع المذكور، فهل يؤثر في البطن؟ فيه وجهان، كقوله: «أنت طالق» ثم قال: نويت «إن شاء الله تعالى» أو نويت «إن دخلت لدار». والأقيس: أنه لا يؤثر؛ لأنه ليس يحتمله اللفظ؛ ولا ذكر ما يدل عليه، فهو مجرد نية، وليس هذا كما إذا قال: «أنت طالق» ونوى طلاقاً عن وثاق، فإنه يدين؛ فإن اللفظ كالمحمل من حيث اللغة لولا تخصيص الشرع، ولا كقوله: «نسائي طوالق»، وعزل بعضهن بالنية، فإنه يدين، لأنه تخصيص عموم، وهل يقبل ظاهراً؟ فيه خلاف، ومال القاضى إلى أنه يقبل.

ولو عاتبت زوجها بنكاح جديدة، فقال في جوابها: «كل امرأة لي فهي طالق» فإن لم يعزلها بنيتها، طلقت. وإن عزلها بنيتها؟ فقال الشافعى رضى الله عنه: «لا يقع؛ لأن القرينة دلت على نية» وهذا ينبغي أن يقبل ظاهراً، ومن الأصحاب من قال: لا يقبل؛ لأن قوله: «كل امرأة...»: صريح فى الاستغراق. وميل القاضى إلى قبول ذلك ظاهراً، وكذلك فى قوله: «نسائي طوالق» وإن لم تكن قرينة؛ لأنه تخصيص عموم. وكذلك إذا قال وهو يحل عنها وثاقاً: «أنت طالق» فقال: «أردت عن الوثاق» فيه خلاف، وميل القاضى إلى أنه يقبل ظاهراً. وقد قال الشافعى رضى الله عنه: «لو قال: إن كلمت زيداً، فأنت طالق، ثم قال: «أردت به شهراً» وكلمته بعده: لم يقع الطلاق باطناً؛ لأن اللفظ كالعام فى الأزمان كلها.

ولا خلاف فى أنه لو قال: «أنت طالق» ثم قال: «أردت عن الوثاق» لم يقبل ظاهراً، ولكن يدين، وكان الموجب للقبول ظاهراً؛ إما قصور فى دلالة اللفظ، مثل أن تكون دلالة العموم، أو قرينة ظاهرة، كما لو كان يحل عنها الوثاق، أو كانت تنازعه فى نكاح جديدة كما ذكرناه. وأما الموجب للقبول باطناً، فكل احتمال، قرب أو بعد.

الباب الثانى: فى بيان أركان الطلاق

ولابد للطلاق من: أهل، ومحل، ولفظ، وقصد إلى اللفظ، وولاية على المحل، فهذه خمسة أركان.

الركن الأول: الأهل، وهو المطلق، وشرطه أن يكون مكلفاً؛ فلا يقع طلاق الصبي والمجنون.

الركن الثاني: اللفظ، وما يسد مسده، وفيه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: في بيان الصريح والكناية

وصرائح الألفاظ ثلاثة: الطلاق، والفراق، والسراح. أما الطلاق؛ فلهشيوعه وتكرره في القرآن العظيم. وأما الفراق والسراح فلتكررهما في القرآن العظيم؛ وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا صريح إلا الطلاق. وقيل: هو قول قديم للشافعي رضي الله عنه، ولا بأس به فإن قوله تعالى: ﴿أو تسريحاً بحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] لم يرد مؤرد بيان اللفظ. وفي هذه القاعدة مسائل:

الأولى: أن كل ما يشتق من لفظ الطلاق، كقوله: أنت مطلقة، وطلقتك، فكل ذلك صريح. وفي قوله: أنت الطلاق، وجهان، والأظهر أنه كناية؛ لأنه ليس بمستعمل على هذا الوجه.

وأما قوله: «أطلقتك» فهو كناية؛ لأنه ظاهر في رفع الحبس وحل الوثاق.

الثانية: الفعل من «السراح» و«الفراق» كقوله: «سرحتك وفارقتك»: صريح. أما الاسم كقوله: «أنت مفارقة، ومسرحة، ففيه خلاف، ومأخذه: أن الوارد في القرآن العظيم منه، صيغة الفعل فقط.

الثالثة: معنى هذه الألفاظ بسائر اللغات، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها ليست صريحاً، وإليه ذهب الإصطخري؛ تغليياً لمعنى التعبد. والثاني: وهو الأصح أنه صريح؛ لأنه في معناه.

ثم معنى قوله: «أنت طالق»: توهشته أي. ومعنى قوله: طلقتك: دشت بازداشتم ترا. ومعنى قوله: فارقتك: آز تو جدا کردم. ومعنى قوله: سرحتك: ترا کسبیل کردم.

والثالث: قال القاضي: كل ذلك غير صريح، إلا قوله: «توهشته أي»؛ لأنه لا يستعمل في العادة إلا في الطلاق، وأما سائر الألفاظ، فشائع الاستعمال في غير الطلاق.

الرابعة: إذا شاع لفظ في العرف للطلاق، كقوله: «حلال الله عليّ حرام» فهل يصير صريحاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن المقصود، تعيين جهة التفاهم، وقد حصل. والثاني: لا؛ بل مآخذ القرآن العظيم فقط.

وقال القفال: إن صدر ذلك من فقيه يعرف الكناية ولم ينو، لم يقع طلاقه. وإن صدر من عامي، يقال له: ما الذي يسبق إلى فهمك إذا سمعت هذه الكلمة من غيرك؟ فإن كان يفهم الطلاق، جعل منه طلاقاً.

وهذا إن عني به القفال الاستدلال على نيته، وأنه إذا كان يفهم ذلك فلا يخلو ضميره عن معناه وإن لم يشعر به: فله وجه. وإن عني وقوع الطلاق، مع خلو قلبه عن النية بينه وبين الله تعالى: فلا وجه له، إذ لم يجعل صريحاً. هذا حكم الصرائح.

أما الكنايات: فهي كل لفظة محتملة. إما جلية كقوله: أنت خلية، وبرية، وبته وبتلة. وإما خفية: وهي التي لا تنتظم إلا بتقدير استعارة وإضمار، كقوله: اعتدى، واستبرئ رحمك، فإن معناه: طلقتك فاعتدى. وكذا قوله: «الحق بأهلك، وحبلك على غاربك ولا أئنه سربك، واعزبي، واغربي، واذهي».

وأخفى منها كقوله: «تجرعي» أي كأس الفراق، و«ذوقي»، و«تزوذي». وترددوا في قوله: «اشربي» أي كأس الفراق، وألحق به بعضهم: كلي، وهو أبعد. وترددوا في قوله: «أغناك الله» أخذاً من قوله تعالى: ﴿وإن يفرقنا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠].

وحد الكناية: ما يحتمل الطلاق ولو على بعد، لا الذي لا يحتمل، كقوله: «اقعدى» و«اغزلى» وغيره. وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال لزوجته: «أنت حرة» ونوى الطلاق: وقع، وكنايات الطلاق والعناق، متداخلة متناسبة في الأكثر. نعم، لو قال لعيده: «اعتد واستبرئ رحمك» ونوى العتق: لم ينفذ؛ لأن ذلك غير متصور في حقه. ولو قال ذلك لأمته، ففيه وجهان. ولو قال ذلك لزوجته قبل الدخول، ففيه وجهان أيضاً؛ لأنها ليست بصدد العدة كالأمة.

الثانية: لفظ الظهار، ليس كناية في الطلاق، ولا الطلاق في الظهار مع الاحتمال؛ لأن كل واحد منهما وجد نفاذاً في موضوعه الصريح، فلا يعدل إلى غير موضوعه بالنية. ولا يمكن تنفيذهما جميعاً؛ لأن اللفظ لم يوضع لهما وضع العموم، فصرف إلى ما هو صريح فيه.

الثالثة: إذا قال لزوجته: «أنت على حرام» فإن نوى الظهار كان ظهاراً. وإن نوى التحريم كان يمينا وتلزمه كفارة. وإن نوى الطلاق نفذ. وإن أطلق ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه صريح في إيجاب الكفارة. والثاني: أنه يلغو؛ لأنه محتمل لوجوه. والثالث: أنه في الأمة صريح في الكفارة؛ لأن الآية إنما وردت فيه، وفي المنكوحة كناية.

قاعدتان: إحداهما: أن القرينة عندنا لا تجعل الكناية صريحاً، وأبو حنيفة رحمه الله جعل الكناية في الغضب، وعند الخصام، وسؤال الفراق، صريحاً. وهو ضعيف؛ لأن اللفظ محتمل، وعدول الرجل عن لفظ الطلاق، مشعر بإضمار غير الطلاق، فكيف ينقلب صريحاً؟.

الثانية: أن النية ينبغي أن تقترن بلفظ الكناية، فلو تقدمت أو تأخرت لم تؤثر. وإن نوى مع ابتداء اللفظ، ولكن انقطعت قبل تمام اللفظ، فالظاهر: أنه يقع وإن خلا عن النية أول اللفظ ونوى في أثرائه، ففيه وجهان مشهوران.

الفصل الثاني: في الأفعال

اعلم أن اللفظ إنما يراد للتفهم، وقد يحصل التفهم بالإشارة والكتابة، فلنذكرهما:

أما الإشارة: فهي معتبرة من الأخرس، وتنقسم إلى صريح وكناية.

فالصريح: ما يتفق الكفة على فهمه. والكناية: ما يفتن له بعض الناس. وإذا أتى بالصريح، لم يقبل بعد ذلك تأويله، كما في النطق. والصحيح: أنه إن أشار بالطلاق في الصلاة نفذ الطلاق ولم تبطل صلاته.

وأما كتابة الأخرس، فهو طلاق؛ لأنها أظهر من الإشارة، ومع ذلك فلا نكسف الأخرس القادر على الكتابة بأن يكتب الطلاق، بل تنفع بالإشارة.

وأما القادر فإشارته وإن بالغ فيها لا يجعلها صريحاً لأن عدوله إليها مع القدرة موهوم. نعم، هل تجعل كناية؟ قال الفقهاء: هو فعل مترتب على الكتابة، والإشارة أولى بالاحتياط؛ لأن الكتابة معتادة، والإشارة من الناطق غير معتادة. أما الكتابة فليس بصريح. وإن كتب اللفظ الصريح، فهل هو كناية؟ اضطربت فيه النصوص، وحاصله ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه كناية؛ لأن الكتابة معتادة، والمقصود التفهم. والثاني: أنه لغو؛ لأن الصيغ اللفظية هي الموضوع للعقود في حق القادر. والثالث: أنها تعتبر من الغائب دون الحاضر؛ لأجل العادة.

وفى شرح «التلخيص» وجه: أن كتبه صريح الطلاق، صريح من غير نية. وهو بعيد.
أما إذا كتب قوله: «كل زوجة لى، فهى طالق» وقرأ، ونوى عند القراءة: وقع. وإن
قرأ ولم ينو، وقال: «قصدت القراءة» فهل يقبل ظاهراً؟ فيه تردد، كما لو حل «نواق
عن زوجته» وقال عند ذلك: «أنت طالق». فإن فرعنا على اعتبار الكتابة، فيتصدى النظر
فى أمور ثلاثة:

الأول: فى التصرفات. فتعتبر فى كل ما يستقل به المتصرف، كالعتق، والعفو،
والإبراء. أما ما يقتدر إلى القبول، ففيه قولان، وفى النكاح قولان مرتبان، وأولى بالأ
ينعقد؛ لما فيه من التعبد، ولأنه كناية، والشاهد لا يطلع على النية، ولكن من جواز
ذلك، ربما احتمله لأجل الحاجة. ثم إن كتب «زوجت بنتى من فلان» وأشهد عليه
عدلين وشهدا هما بأعيانهما على قبول الزوج: صح. وإن شهد آخران، فوجهان. ثم
إذا كتب «بعث دارى منك» فبلغه الكتاب، فينبغى أن يقول على الفور: «اشتريت» أو
يكتب على الفور؛ لأن الاتصال بين الحواب والخطاب شرط، وهو الاتصال اللائق
بالكتابة، فإن ذلك متصل فى الكتابة وإن تخلل بينهما شهر.

الثانى: فى ألفاظ الكاتب، وهو ثلاث:

إحداها: أن يكتب «أما بعد، فأنت طالق» ونوى: فيحكم بوقوعه فى الحال. الثانية:
أن يكتب «إذا بلغك كتابى هذا، فأنت طالق» فلا يقع إلا بالبلوغ. الثالثة: أن يقول:
«إذا قرأت كتابى هذا، فأنت طالق» فلا يقع ما لم تقرأ.

فإن كانت أمية، فإذا قرئ عليها طلقت، وقيل: لا تطلق؛ لأنها ما قرأت، وكأنه علق
على قراءتها، وهو محال فلا يقع. وهذا بعيد، نعم، لو كانت قارئة، فقرأ عليها غيرها،
فالظاهر أنها لا تطلق، وقيل: إنها تطلق كما إذا قال: إذا رأيت الهلال فأنت طالق،
فإنها تطلق برؤية غيرها. وهو بعيد؛ لأن «الرؤية» قد يراد بها العلم دون «القراءة».

الثالث: فى المكتوب عليه. وكل ما يثبت عليه الخط: من ثوب، وحجر، وعظم، فهو
كالبياض. أما لو كتب على الماء، أو على الهواء: لم يكن ذلك كتابة، بل هى إشارة
من قادر، وقد ذكرناه.

ولو كتب على البياض، ولكن علق الطلاق على البلوغ، فبلغ، وقد أبحث الكتابة: لم
يقع؛ لأنه بلغ الكاغد دون الكتاب. وإن لم ينمح إلا السطر الذى فيه الطلاق أو سقط
ذلك القدر ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يقع؛ لأن الكتاب عبارة عن جميع الأجزاء. والثاني: أنه يقع؛ لأن الكتاب قد بلغ. والثالث: أنه إن قال: «إن بلغك كتابي هذا» لم يقع؛ لأنه يتناول جميع الأجزاء، وإن قال: «إن بلغك الكتاب» وقع.

أما إذا أحى الجميع إلا سطر الطلاق، فالخلاف مرتب، وأولى بالوقوع. وإن لم ينمح إلا التسمية والصدر، وبقيت المقاصد كلها، فمرتب وأولى بالوقوع. وإن لم يسقط إلا الحواشي، فأولى بالوقوع. ومنهم من قطع في هذه الصورة بالوقوع؛ لأن الحاشية غير مقصودة. ومن منع، علل بأن الحاشية من الكتاب، ولذلك لا يجوز للمحدث مسه من المصحف.

فرع: إذا قال: «إن بلغك نصف كتابي . . .» قبله الجميع، ففيه وجهان:

أحدهما: يقع؛ لأن في الكل نصفًا. والثاني: لا؛ لأن مفهومه التخصيص بالنصف.

الفصل الثالث: في التفويض إلى الزوجة

والنظر في ثلاثة أطراف:

الأول: ألفاظه. فإذا قال: «طلقى نفسك» فقالت: «طلقت» نفذ، ولو قال: «أبني نفسك» فقالت: «أبنت» ونويا: وقع. وإن لم ينو أحدهما لم يقع. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تعتبر نيتهما، بل تكفى نية الرجل، وقولها يبنى على قوله.

ولو قال: «طلقى نفسك» فقالت: «أبنت» ونوت، فالظاهر الوقوع، وفيه وجه: أنه لا يقع؛ لمخالفة اللفظ، وقيل: إن ذلك يجزى أيضا في توكيل الأجنبية.

ولو قال: «اختارى» فقالت: «اخترت نفسي»، وقعت طلاق رجعية. ولو قالت: «اخترت زوجي» لم يقع شيء، وهو مذهب عمر، وعائشة، وابن عباس، وابن مسعود، رضى الله عنهم. وقال عليٌّ وزيد، رضى الله عنهما: «إن اختارت نفسها فطلقة بائنة، وإن اختارت زوجها فرجعية». واشتد إنكار عائشة، رضى الله عنها، فقالت: «خيرنى رسول الله ﷺ فاخترته، أترى أن ذلك طلاق رجعى؟» (١).

فرع: إذا كان التفويض بالكناية، وأنكر الزوج النية، فالقول قوله، وكذلك إذا أنكرت نيتها، فالقول قولها، ولو قالت: «نويت أنا» وأنكر الزوج، فالقول قولها. وفيه وجه بعيد: أن القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وهو ضعيف.

(١) الحديث عن مسروق عن عائشة أخرجه البخارى (٥٢٦٢، ٥٢٦٣)، مسلم (ح ١٤٧٧) رقم

الطرف الثاني: في حقيقة التفويض. وفيه قولان:

أحدهما: أنه تمليك، وكأنه ملكها نفسها. والثاني: أنه توكيل كنوكيل الأجنبي.

ويبتنى عليه أنها لو طلقت نفسها في مجلس آخر لا على الاتصال لم يحز إن جعلناه تمليكا؛ لأن اتصال القبول لا بد منه، وقبولها هو قولها: طلقت.

وإن جعلناه توكيلا؛ جاز. وقال القاضي: وإن جعلناه توكيلا يحتمل أن يشترط ذلك في المجلس، لأن هذه الصيغة تتقاضى جوابا ناجزا، كقوله: «أنت طالق إن شئت» فإنه يختص بمشيتها في المجلس. وأجرى ذلك في قوله: «وكتلك» و«فوضت إليك طلاقك» بالوكالة، وعبر المحققون عن هذا، بأننا إن جعلنا مطلق التفويض تمليكا، فهل لنزوح سبيل إلى توكيلها، أم ينزل توكيلها أيضا على التمليك؟ فيه تردد.

فرع: لو رجع عن التفويض قبل قبولها: جاز على القولين جميعا، وقال ابن خيران: «لا يجوز على قول التمليك» وكأنه يضمن التعليق، وهو بعيد؛ لأنه ليس بأبلغ من قوله: «أنت طالق على ألف» وله الرجوع قبل قبولها.

الطرف الثالث: في حكم العدد. فإذا قال: «طلقى نفسك» ونوى الثلاث، فإن طلقت ونوت الثلاث: نفذ. وإن لم تنو لم يقع الثلاث، بل وقعت واحدة. وفيه وجه: أنه يقع؛ لأن البناء في العدد، أقرب من البناء في أصل النية، وهذا يقوى مذهب أبى حنيفة رحمه الله. نعم لو قال: طلقى نفسك ثلاثا، فقالت: «طلقت» ولم تذكر العدد، ولم تنو، فيظهر البناء هاهنا لأنه صرح به، لا سيما إن جعلناه تمليكا، فإن مجرد قول القائل: «قبلت» يكفي وإن لم يعد تمام الكلام؛ لأنه كالبناء على الإيجاب.

وأما كلام الوكيل: فلا يبنى على كلام الموكل. نعم، إن اشترطنا القبول في المجلس على قول التوكيل فلا يعد أيضا أن يحتمل البناء.

فرع: لو قال: «طلقى نفسك ثلاثا» فطلقت واحدة، طلقت بالاتفاق واحدة. ولو قال: «طلقى واحدة» فطلقت ثلاثا، وقعت عندنا واحدة، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يقع هاهنا شيء أصلا. والفرق مشكل عليه بين الصورتين.

الركن الثالث: القصد إلى لفظ الطلاق، ومعناه

ويتوهم اختلال القصد بخمسة أسباب: سبق اللسان، والهزل، والجهل، والإكراه، واختلال العقل.

السبب الأول: سبق اللسان

فإذا بدرت منه كلمة الطلاق في محاورته أو في النوم، لم يقع طلاقه، ولكن يعسر

قبول دعواه إذا لم تكن قرينة. نعم، يدين باطنا. وإن شهدت قرينة، قبل ظاهرا، مثل إن كان اسم امرأته «طارق»، فقال: «يا طالق» وزعم أنه التف بلسانه الكلام من غير قصد، قبل قطعا، لا كشهادة حل الوثاق، فإن فيه خلافا؛ لأن كلمة «الطلاق» مستتكر في غير النكاح.

وإن كان اسم امرأته «طالق»، واسم عبده «حر» فقال: يا طالق، ويا حر وقصد النداء لم يقع. وإن قصد الإيقاع وقع. وإن أطلق من غير قصد، فعلى أيهما يحمل؟ فيه وجهان.

وقد ظهر أن قصد حروف الطلاق لا يكفي، بل لابد من قصد لفظ «الطلاق» لمعنى الطلاق.

السبب الثاني: الهزل

فإذا قالت المرأة في ملاعبتها: «طلقني ثلاثا» فقال: «نعم، أنت طالق ثلاثا» كاللاعب المستهزئ، وقع الطلاق؛ لوجود قصد لفظ الطلاق، ولم يعدم إلا القصد إلى الحكم، ولا يشترط؛ بدليل أنه لو طلق بشرط الخيار لنفسه نفذ، وإن كان ذلك يعدم الرضا بالحكم. وقد قال عليه السلام: «ثلاث، جدهن جد، وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والعناق»^(١).

(١) الحديث عن أبي هريرة مرفوعا باللفظ الذي أورده المصنف أخرجه: الترمذى (١١٨٤)، أبو داود (٢١٩٤)، ابن ماجه (٢٠٣٩)، الحاكم (١٩٧/٢)، الزيلعي في نصب الراية (٢٩٤، ٢٩٣/٣)، التبريزي في مشكاة المصابيح (٣٢٨٤)، شرح معاني الآثار (٩٨/٣)، جامع مسانيد أبي حنيفة (٨٢/٢)، السيوطي في الدر المنثور (٢٨٦/١)، سعيد بن منصور في سننه (٢١٩/٩)، ابن حجر في تلخيص الخبير (٢٠٩/٣)، العجلوني في كشف الخفا (٣٨٩/١)، ابن الجارود في المتقى (٧/٢)، أبو داود (٢١٩٤)، الألباني في إرواء الغليل (٢٢٤/٦، ١٣٩/٧).

قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٣٥/٦): الحديث أخرجه أيضا الحاكم وصححه والدارقطني وفي إسناده عبد الرحمن بن حبيب بن أردك وهو مختلف فيه قال النسائي: منكر الحديث ووثقه غيره قال الحافظ: فهو على هذا حسن. ا. هـ.

قلت: عبد الرحمن بن حبيب بن أردك، عن عطاء، صدوق فيه لين. قاله الذهبى، وقال النسائي منكر الحديث. روى له: أبو داود، الترمذى، ابن ماجه.

انظر: المغنى فى الضعفاء (٣٥٤٨)، الميزان (٥٥٥/٢)، تهذيب التهذيب (٤٧٦/١).

وفى الباب أحاديث أخر لا يصح منها شيء لانقطاع الموصول منها، ووقف بعضها على على، وعمر رضى الله عنهما.

ولم يحكم الشافعي رضي الله عنه بانعقاد نكاح الهازل. وهو خلاف ظاهر الخبر. أما البيع وسائر التصرفات، فتتعدد بعض الأصحاب في انعقادها من الهازل.

السبب الثالث: الجهل

وهو أن يخاطب امرأة بالطلاق، وهو يظن أنها زوجة غيره، فإذا هي زوجته، وقد رآها في ظلمة، أو في جلباب أو كان أبوه زوجها منه في صغره، وهو لا يدري، فالشهور: أنه يقع طلاقه، وهذا فيه احتمال ظاهر؛ لأنه إذا لم يعرف الزوجية، لم يقصد إلى قطعها، وقد ذكرنا في كتاب «الغصب» وجها في نظيره من العتق أنه لا يقع، وهو منقذ، ويبانه أن الأعجمي إذا لقن كلمة «الطلاق» وهو لا يفهم: لم يقع طلاقه بالاتفاق. وأما بيع الجاهل، فالظاهر صحته، وهو إذا ما باع مال أبيه على ظن أنه حي. فعلى هذا قالوا: نفوذ الطلاق أولى، والأقيس في البيع: أنه أيضا لا ينعقد، ولأن القصد إلى المعنى المجهول، محال.

السبب الرابع: الإكراه

وطلاق المكره لا يقع عندنا؛ لأن قصده غتل؛ إذ الإكراه بعث فيه القصد، وكأنه فعل المكره. وقال أبو حنيفة: يقع.

ثم نحن أيضا نوقعه، مهما زعم المكره أنه كان راضيا، أم ظهرت منه مخايل الاختيار^(١)، وذلك كمخالفته للمكره بزيادة، أو نقصان، أو تغيير لفظ.

مثال الزيادة: أن يكرهه على طلاق واحد، فطلق ثلاثا، أو على طلاق زوجة واحدة، فطلق زوجتين.

(١) الفرق بين الرضا والاختيار: هو أن الرضا هو الارتياح إلى فعل شيء والرغبة فيه، فإن حمل الغير على هذا المعنى بحيث لو عصى ونفسه لم يفعله ولم يباشره كان ذلك هو معنى الإكراه حقيقة. أما الاختيار فهو ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس؛ وجميع أفعال الإنسان لابد لها من اختيار، إلا أنه يكون فاسداً إذا كان ترجيحاً لأهون الضررين، وقد يكون صحيحاً إذا كان صادراً عن رغبة في الفعل.

ولا يلزم من وجود الفعل من الإنسان أن يكون راضياً به مرتاحاً إليه، لأن الذي يجبر على فعل أحد الأمرين كلاهما مر، ويقدم على فعل أخفهما ضرراً يعد مختاراً ولكنه غير راض، وعلى هذا فإذا رضى الإنسان على فعل أو قول اختاره، ولكن قد يختاره ولا يرضاه، وذلك في حالة إذا كان يقصد من الاختيار دفع الأذى عن نفسه أو ماله.

أما إذا اختار فعل الزيادة على ما أكره عليه كما قاله المصنف فليس في ذلك إكراه لأنه فعله عن رضى منه. والله أعلم.

والنقصان: أن يكلفه طلاق زوجتين، فطلق واحدة، أو على الثلاث فطلق طلقة أو اثنتين، أو قال: قل: «طلقتها»، قال: «فارقنها»، أو قال: «طلق إحدى زوجتي» فعير واحدة، وطلقها؛ فإن التعيين دليل تبرمه بالمطلقة. أما إذا ترك التورية وهو فقيه قدر، ومعتزف بأن الإكراه لم يدهشه عن ذكر التورية ففيه خلاف، والظاهر أنه يقع، ويجعل ذلك دليل الاختيار.

والنظر بعد هذا في طرفين:

أحدهما: التصرفات المتأثرة بالإكراه. والإكراه يسقط أثر التصرفات عندنا قطعاً إلا في خمسة مواضع:

الأول: الإسلام فإنه يجوز إكراه الحربى عليه، فيصح إسلامه، وإلا فتبطل فائدة الإكراه. وفي إسلام الذمى المكروه خلاف، والأصح: أنه لا يصح.

الثاني: الإرضاع. ولا يخرج الإكراه عن كونه محرماً؛ لأنه منوط بوصول اللبن إلى الجوف، لا بالقصد.

الثالث: القتل، على أحد القولين، فإنه يوجب القصاص على قول؛ لأن الإكراه لم يرفع الإثم.

الرابع: المكروه على الزنا على أحد القولين يحد، لأن حصول الانتشار دلالة الاختيار؛ فإنه لا يحصل بالإكراه. ومأخذ القولين تردد في تصور الإكراه.

الخامس: إذا علق الطلاق على الدخول، فأكرهه على الدخول، ففيه قولان، مأخذهما: أن الصفة لا يشترط فيها القصد، بل يكفي الاسم.

وأما البيع فيبطل بالإكراه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينعقد ولا يلزم.

واعلم أن الاستثناء بالتحقيق يرجع إلى الإسلام فقط، وإلى القتل على قول. أما ما عداه، فسيبه عدم تصور الإكراه، أو عدم اشتراط القصد.

الطرف الثاني: في «حد الإكراه»: وفيه مسلكان للأصحاب متباعدان:

أحدهما: أن يصير بحيث لا تبقى له طاقة في المخالفة، بل يكون مضطراً إلى اختيار الموافقة، شاء أم أبى، كالذى يفر من أسد ضار، فيتخطى النار والشوك، ولا يبالي. ومثل هذا لا يحصل إلا بسيف مسلول، أو التخويف بالإلقاء في النار مثلاً، والشرط أن يصير كالمدهوش الذى لا تبقى له روية واستصواب.

ثم الجبان قد يدهش ويسقط اختياره بما لا يسقط به اختيار الشجاع، فالمعتبر سقوط خبرته في هذه الطريقة. أما من يخوف بالحبس المخلد، أو الجوع، وما لا يأخذه في الحال منه أمر لا يطيقه، فالطلاق به واقع؛ بناء للأمر على الحزم والاستصواب، وذلك عين الاختيار. وهذه الطريقة أضمر للنشر.

المسلك الثاني: أن ذلك لا يعتبر، بل إذا خير بين الطلاق، وبين أمر لا يحتمله العاقل لأجل الطلاق فطلق: لم يقع الطلاق به، كالحبس المخلد، والتهديد بالضرب، والجوع، ممن يعلم أنه يحقق ذلك، وكذلك صفح ذوى المروءة على ملأ من الناس، وكذلك التخويف بإتلاف المال، وقتل الولد. وعند هذا ينشأ النظر في المكروه والمكروه عليه:

فإذا أكره على القتل بإتلاف المال، أو الحبس فليحتمله. وإن أكره على الطلاق بذلك، فربما لا يحتمله، وربما يقال: يحتمل إتلاف المال في الطلاق. فإن أكره بإتلاف مال، على إتلاف مال، فيتصدى النظر في القلة والكثرة، وضبط ذلك عسير، ولا تخلو طريقه عن غموض، ويحصل منه: أن المتفق عليه الإكراه بالقتل، أو الجرح الذى يخاف الموت منه، كالقطع، وما عدا ذلك فيخرج على الخلاف.

السبب الخامس: زوال العقل

وذلك إن كان بإغماء، أو جنون، أو شرب دواء: فيمنع نفوذ الطلاق والتصرفات. وإن كان بمسكر تعدى بشربه ولم يصب قهراً في حلقه فنصوص الشافعى رضى الله عنه قديماً وحديثاً وقوع الطلاق، ونص فى «الظهار» قديماً على قولين، فقال بعض الأصحاب: فى المسألتين قولان. ومعظم العلماء على وقوع طلاق السكران. ومذهب عثمان وابن عباس وأبى يوسف وزفر والمزنى وابن سريج، رضوان الله عليهم أجمعين: أنه لا يقع الطلاق. وفى سائر تصرفاته طرق: منهم من طرد القولين حتى فى أفعاله. ومنهم من قال: أفعاله كأفعال الصاحى، وإنما الخلاف فى أقواله. ومنهم من قال: ما عليه ينفذ، والقولان فيما له. وأشهر الطرق طرد القولين فى الكل.

ومن شرب «البنج» متعلّياً فزال عقله، منهم من ألحقه بالسكران؛ لعدوانه. ومنهم من ألحقه بالمجنون؛ لأن ذلك لا يشتهى.

فإن قيل: ما حد السكر؟ قلنا: قال الشافعى رضى الله عنه: «إذا اختلط كلامه المنظوم، وانكشف سره المكثوم». والمقصود أن يصير مثل المجنون الذى لا تنتظم أموره، أما ما دام فى ابتداء نشاطه، فهو كالعاقل. وإن سقط كالمغشى عليه، فهو

كما: "والغمى عليه، ويعد طرد الخلاف فيه، وقد قيل به. وهو ضعيف؛ لأن ذلك يعدم من أصل القصد.

وطلاق المحنون والصبي، كطلاق الهازل والجاهل، وإنما لا يقع نظرا لهما، والسكران لا يستوجب النظر؛ ولذلك لا يسقط عنه قضاء العبادات بخلاف المحنون، والأقيس: مذهب المزني، وهو إلحاق السكران بالمجنون في التصرفات.

الركن الرابع لنفوذ الطلاق: المحل، وهي المرأة

وفيه فصلان:

أحدهما: أنه لو أضاف الطلاق إلى بعضها، نفذ، وكمل. ولو أضاف إلى عضو معين، نفذ عندنا خلافا لأبي حنيفة رحمه الله.

ثم له ثلاث درجات:

إحداها: أن يضيف إلى جزء متصل: كاليد، والرأس، والكبد، والظهر، وسائر الأعضاء الباطنة، ولا خلاف في وقوعه. نعم، الأذن المنفصلة إذا عادت ملتحمة، أو الشعرة الساقطة إذا انغرس في موضع آخر: ففي الإضافة إليه خلاف.

الثانية: أن يضيف إلى فضلات بدنهما: كالبول، واللين، والعرق، والدمع، والمنى، فالصحيح: أنه لا يقع. وفيه وجه بعيد: أنه يقع، ولم يطرد ذلك الوجه في الجنين؛ لأنه كالمستقل. نعم، ترددوا في الدم والشحم، أنه يلحق بالفضلات أو بالأجزاء؛ من حيث إن الدم كالقوام للروح، والشحم يشبه السمن؟. ولو قال: «سمنك طالق»: نفذ.

الثالثة: الإضافة إلى الصفة. كقوله: «حسنك، أو لونك، أو بياضك: طالق»، وذلك لاغ؛ لأن الصفة تابع لاتقبل الإضافة دون الموصوف. نعم، لو قال: «روحك أو حياتك طالق» قالوا: إنه يقع؛ لأن الروح جوهر وأصل، والحياة كذلك. ولا يحتمل نظر الفقهاء الخوض في الفرق بين الروح والحياة.

فرع: لو قال: «إن دخلت الدار، فيمينك طالق» فقطع يمينها، ثم دخلت، ففي الطلاق وجهان مبينان على أن تنفيذ الطلاق المضاف إلى الجزء بطريق التسرية منه؟ أو بطريق جعل ذكر البعض عبارة عن الكل؟ وفيه خلاف. فإن قيل بالتسرية، فلم يصادف اليمين حتى تنفذ فيه، فلا يقع. وإن جعل عبارة عن الكل، نفذ.

أما إذا قال لمقطوعة اليمين: «يمينك طالق» فالصحيح: أنه لا يقع على الوجهين؛ لأنه وإن جعل عبارة عن الجميع فحيث توجد. ولا خلاف أنه لو قال لها: «ذكرك، أو لحيتك طالق» لم يقع؛ لأن المذكور مفقود.

الفصل الثاني في إضافة الطلاق إلى الزوج

فإذا قال: «أنا منك طالق» ونوى الطلاق، نفذ عندنا، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله؛ لا من حيث إن الرجل محل الطلاق، لكن من حيث إنه قيد عليها، والحل تارة يضاف إلى القيد، وتارة إلى المقيد؛ لأنه في حجر بسببها عن نكاح أختها، وأربع سواها، وفي قيد من لوازم النكاح، فيصلح ذلك للكناية. ومن الأصحاب من زعم أن الرجل محل للطلاق، وأنه معقود عليه كالزوجة. وهو ضعيف؛ إذ لو كان كذلك لما افتقر إلى النية، ولحرم عليه أن ينكح غيرها. نعم، إذا نوى الطلاق، فهل يشترط مع ذلك أن ينوى الإضافة إليها؟ اختلفوا فيه، قال القاضي: لا يشترط ذلك؛ لأن الطلاق يرد على العقد، فإذا نواه لم يفتقر إلى الإضافة إليها.

فرع: إذا قال: «أعتد منك، وأستبرئ رحمى منك» فهذا ليس بكناية؛ لأنه ليس ينتظم إضافته إلى الرجل، بخلاف سائر الكنايات، كقوله: «أبنت نفسى منك» و«أنا خلى، وبرى عنك»، وكذلك لا ينتظم أن يقول السيد: أنا منك حر؛ إذ ليس عليه حجر قيد بسبب الرق. وفيه وجه: أن ذلك أيضاً كناية.

الركن الخامس: الولاية على المحل

فإذا قال لأجنبية: «أنت طالق» لم ينقص عدد طلاقه لو نكحها بعد ذلك. ولو قال ذلك للرجعية، نقص العدد؛ لأن ولاية النكاح باقية عليها.

ولو قال للمختلعة، لم يقع. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقع ويتنقص العدد، واكتفى ببقاء العدة عليه وولاية على المحل.

ولو قال لأجنبية: «إن دخلت الدار فأنت طالق، فنكحها، فدخلت الدار، لم يقع اتفاقاً؛ لعدم الولاية حالة التلفظ. ولو قال: «إن نكحتك فأنت طالق، فنكحها، لم تطلق لعدم الولاية. وقال أبو حنيفة رحمه الله: «تطلق؛ لأن الولاية تَراد عند النفوذ، وقد وجدت». نعم، اختلف أصحابنا في أصليين:

أحدهما: أنه لو قال العبد لزوجته: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً» فعتق، ودخلت الدار، هل تقع الثلاث ولم يكن يملك الثالث عند التعليق؟ فمنهم من قال: «لا يقع؛ لعدم الملك»، ومنهم من قال: «يقع؛ لوجود النكاح المنتع للطلاق الثلاث عند العتق»، وكأن ملك الأصل، يقوم مقام ملك الفرع. وكذلك الخلاف فيما لو قال لجاريته: «إذا ولدت، فولدك حر»؛ لأنه ملك الأصل المنتع لملك الولد، فأشبهه التصرف فيه، التصرف في منافع الدار عند ملك الدار.

الأصل الثاني: أن دوام الولاية بين التعليق والصفة، هل يشترط؟ بيانه: أنه لو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق» ثم أبانها، ثم جدد نكاحها ودخلت، ففيه قولان يعبر عنهما بعود الحنث:

أحدهما: أنه يقع؛ لوجود الولاية عند التعليق والصفة. والثاني: لا؛ لأن الواقع في هذا النكاح، طلاق يفيد هذا النكاح، وذلك لم يملكه عند التعليق.

ولو علق الثلاث على الدخول، ثم نجز الثلاث، ثم جدد النكاح، فالمنصوص: أنه لا يعود. وفي القديم قول ضعيف: أنه يعود، وهو مجرد نظر إلى وجود الولاية في الطرفين.

أم إذا علق طليقة واحدة، ثم قال: نجزت تلك الطليقة المعلقة، ثم جدد نكاحها، ودخلت، فمنهم من ألحق هذا بتنجز الثلاث، ومنهم من قال: الطلاق لا يتعين بتعيينه، فيلتحق هذا بمحل القولين.

هذا كله إذا لم توجد الصفة حالة البينونة، فلو وجدت، انحلت اليمين؛ فلا يعود قولاً واحداً.

هذا تمام النظر في أركان الطلاق، واختتام الباب بذكر أصليين في ملك الطلاق:

أحدهما: أن من طلق ثلاثاً، حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره. فلو طلق واحدة، أو اثنتين، فنكحت زوجاً آخر، ثم عادت إليه، لم تعد إلا ببقية الطلاق، وقال أبو حنيفة رحمه الله: «وطء الزوج الثاني، يهدم الطلاقات الماضية؛ فتعود إليه بثلاث».

ثم التحليل، إنما يحصل بوطء تام في نكاح صحيح غير محلل.

أما الوطء، فيدخل فيه تغييب الحشفة من الخصى، وتغييب قدر الحشفة من المحبوب بعضه، ونزول المرأة على الزوج، واستدخالها بالأصبع من غير انتشار إلا في استدخال ذكر العينين، ففيه خلاف، والظاهر أنه محلل. والصحيح: أن وطء الصبي محلل، والإتيان في غير المأثى غير محلل، وكذا تغييب بعض الحشفة.

وأما النكاح، فيخرج منه الوطء في ملك اليمين، فإنه لا يحلل، وكذا الوطء في النكاح الفاسد على القول الصحيح، وفيه قول. وفي الوطء بالمشبهة خلاف مرتب. وأولى بأن لا يحصل، ثم ذلك إذا ظن أنها منكوحته، فإن ظن أنها مملوكته، فلا يزيد ظن الملك على حقيقته.

وأما غير المختل: فاحتزننا به عن الوطء بعد طلاق رجعى ثبتت الرجعة فيه باستدخال الماء لا بالوطء، فالنص: أنه لا يحلل؛ لأنه محرم، ويحتمل التحليل إذا لم نوجب المهر به. وإن فرعنا على أنه يحلل في النكاح الفاسد، فهو أولى. ولو وطئها بعد الارتداد، فالنص: أنه لا يحلل، وليس كالنكاح الفاسد؛ فإنه عالم بالتحريم. أما في حال الحيض والصوم فمحلل؛ لأنه لم يحتل النكاح، وكذا في حال إحرامها بخلاف لما لك رحمه الله.

ثم مهما ادعت أن المحلل وطئها، كان للزوج تصديقها بغير بينة؛ لأن بناء العقود على قول العاقد، ولكن إن كان غلب على ظنه كذبها، لم يحل له وطؤها.

فرع: لو طلق زوجته الرقبة ثلاثاً، ثم اشتراها، لم يحل له وطؤها إلى أن يجرى التحليل. وفيه وجه: أن التحريم يختص بالنكاح، ولا يحرم الوطء بملك اليمين بالطلاق الثلاث.

الأصل الثاني: أن الرق يؤثر في نقصان عدد الطلاق، فيملك الحر ثلاثاً، ويملك العبد طنقتين. وقال أبو حنيفة رحمه الله: «ينظر إلى جانب النساء، فيملك الحر والعبد ثلاثاً ولكن على الحرية، ويملكان ثنتين ولكن على الأمة». وهذا يخالف قوله عليه السلام: «الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»^(١). يعنى: العبرة في الطلاق بالرجال. ثم يتولد من الأصلين فروع ثلاثة:

الأول: لو طلق الذمي زوجته الذمية طنقتين، ثم التحق بدار الحرب، فاسترق. قال ابن الحداد: له أن ينكحها؛ لأنها لم تحرم بالطنقتين؛ فطراً الرق بعده لا يؤثر، وفيه وجه: أنه لا ينكحها؛ لأنه في الحال رقيق، فكيف يطلقها طلقة ثالثة لو نكحها؟.

ولا خلاف أنه لو طلق طلقة، ثم طرأ الرق، فنكحها: فلا يملك إلا طلقة واحدة ويحسب ما مضى عليه.

الثاني: لو طلق في الرق طلقة ثم عتق فيملك طنقتين في الحرية؛ لأنه لم يستوف عدد الرق. ولو طلق في الرق طنقتين ثم عتق لم يكن له نكاحها؛ لأنها حرمت عليه في الرق. وفيه وجه غريب: أنه ينكحها.

(١) أخرجه: عبد الرزاق في مصنفه (٢٣٤/٧)، موقوفاً عن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت، والبيهقي (٣٧٠/٧)، عن ابن عباس موقوفاً أيضاً، الزيلعي في نصب الراية (٢٢٥/٣)، مالك (٥٧٥، ٥٧٤/٢).

الثالث: إذا طلق العبد طلقتين، وعتق، ولم يَذَر: السابق «هو الطلاق» أو «العتق»؟ قال ابن الحداد: «يحرم نكاحها؛ لأن الرق مستيقن، وكذا الطلاق، والشك في تقديم العتق على الطلاق»، وخالفه بعض الأصحاب، وهو بعيد.

الباب الثالث حكم طلاق المريض

اعلم أن طلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ، وإنما النظر في انقطاع الميراث به؛ لما فيه من الفرار عن التوريث قصداً، وفيه قولان:

الجديد وهو القياس والمشهور: أنه ينقطع الميراث بالطلاق البائن كما في حالة الصحة، وعلى هذا ينقطع التفريع.

والثاني: وهو القديم أنه يجعل فاراً، فيعارض بنقيض قصده، ونورث زوجته؛ ويدل عليه قصة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه . فنقول: الفار على هذا القول من أنشأ تنجيز طلاق زوجته الوارثة بغير رضاها. فقد أوردنا في الضابط خمسة قيود:

الأول: الإنشاء. واحترزنا به عن إقرار المريض بطلاق أسنده إلى حال الصحة، فهو غير فار؛ لأن الإقرار حجة. وكذلك إذا أسند إقرار العتق إلى الصحة، لم يحسب من الثلث وكذلك يجوز الإقرار للوارث وإن لم يحز الإنشاء. وقال القاضي: «لا يبعد أن يجعل فاراً؛ لأنه محجور على إنشاء القطع، وليس محجوراً في حق الوارث عن إنشاء استقراض والتزام، فكان له الإقرار».

القيد الثاني: التنجيز: فلو علق طلاق زوجته على قنوم زيد، فقدم وهو مريض، ففيه قولان، يعبر عنهما بأن العبرة بحالة التعليق، أو بحالة وجود الصفة؟ والصحيح: أنه ليس فاراً؛ لأنه ليس يظهر منه قصد الفرار. أما إذا علقه بما لا بد من وجوده في المرض، كقوله: «أنت طالق إذا ترددت الروح في شراء سيفي» أو «قبل موتى بلحظة» فالصحيح: أن هذا فار، ومنهم من طرد الخلاف؛ نظراً إلى حالة التعليق. وكذلك لو علق بفعل من أفعال نفسه، ثم أتى به في المرض، فالظاهر: أنه فار، وقيل بطرد القولين. أما إذا قال: أنت طالق قبل موتى اليوم. ثم مات فجأة، فقد نفذ الطلاق في الصحة، ويظهر في ذلك قصد الفرار، فقياس التهمة أن يجعل فاراً، ولكن يحتمل أن ينظر إلى الصحة، ونقطع الميراث.

القيد الثالث: الطلاق. فلو فسخ نكاحها بعيب في المرض، فلا يكون فاراً. ولو قذفها في الصحة، ولاعن في المرض، فليس بفار؛ لأن اللعان ضرورة لدفع الحد

والنسب. وإن أنشأ القذف واللعان في المرض، ففيه تردد للأصحاب، والظاهر: أنه غير فار.

ولو ارتد الزوج، ثم عاد، فالصحيح: أنه ليس بفار؛ لأنه ليس يقصد بالردة ذلك. وذكر العراقيون وجهين، وطرّدوا ذلك في المرأة إذا ارتدت في المرض، وجعلوها فارة عن ميراثه، وهذا بعيد.

القيد الرابع: الزوجة الوارثة. فلو طلق زوجته الذمية، فأسلمت، أو لرقبة فعتقت؛ فلا يكون فاراً، لأنها لم تكن وارثة عند الطلاق، ولا يبعد تخيل خلاف من تبرع الرجل على أخيه في مرضه، وهو محجوب بولده، ثم مات ولده؛ لأن فيه قولين.

القيد الخامس: قولنا: «بغير رضاها». فلو خالعاها، أو طلقها بسؤالها، أو علق الطلاق بفعلها الذي لا ضرورة لها فيه ولا حاجة، ففعلت، فليس فاراً. ومنهم من طرد القولين، ولم يجعل لرضاها أثراً.

أما إذا علق الطلاق بأكلها، أو ما تحتاج إليه وتتضرر بتركه، فهو فار قطعاً. فإن قيل: فلو تبادى المرض بعد الطلاق، فإلى متى يتمادى توريتها؟ قلنا: فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يتمادى أبداً. والثاني: أنه إلى انقضاء العدة. والثالث: إلى أن تنكح زوجاً آخر.

الباب الرابع: في تعديد الطلاق

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في نية العدد

فإذا قال: أنت طالق أو طلقتك ونوى عدداً، وقع ما نوى عندنا؛ لأن المصدر مضمّر فيه، وهو محتمل للجنس الشامل للعدد. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يقع إلا واحدة. وسلم أنه لو قال: أنت بائن، ونوى ثلاثاً: نفذ، وإن نوى اثنين لا ينفذ.

فروع: الأول: إذا قال: أنت طالق واحدة، ونوى الثلاث، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا ينفذ؛ لأن الواحدة تنافي العدد. والثاني: أنه يقع؛ وكأنه يصيرها واحدة بالطلاق الثلاث. والثالث: وهو اختيار القفال أنه إن بسط النية على جميع اللفظ: لم يقع.

وإن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق، وذكر الواحدة بعده: وقع الثلاث ولم يؤثر ذكر

لواحدة. وهذا بناء على المذهب الصحيح الذى ادعى الفارسي الإجماع فيه، وهو، أنه إذا قال: أنت طالق ولم يكن فى عزمه أن يقول: إن شاء الله ثم قال متصلاً به: أنه لا يؤثر. ومن الأصحاب من خالف وقال: إذا اتصل الاستثناء وقصده لم يقع الطلاق. فعلى هذا لا يتجه قول القفال.

الثانى: إذا قال: أنت واحدة، ونوى به توحيدها بالطلاق الثلاث، وقع الثلاث وإن لم يخطر بباله معنى التوحد، ولكن نوى الثلاث، ففيه احتمال وتردد.

الثالث: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، ولكن وقع قوله: «ثلاثاً» فى حال موتها بأن ماتت مقترناً به ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقع الثلاث، لأن الثلاث كالتفسير، والمفسر وجد فى الحياة. والثانى: أنه يقع واحدة بقوله: «أنت طالق» ويلغو العدد. والثالث: أنه لا يقع شيء؛ لأنها ماتت قبل تمام الكلام.

الفصل الثانى: فى تكرير الطلاق

وفيه مسائل: الأولى: إذا قال لمدخول: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق» فبين قصد التكرار نفذ الثلاث. وإن قصد التأكيد لم يقع إلا واحدة. وإن نوى بالثانية الإيقاع، وبالثالثة التأكيد للثانية، وقع شتان. وإن نوى بالثالثة تأكيد الأولى لم يقبل، ووقع الثلاث؛ لأن تخلل الفصل يمنع قصد التأكيد، وإن أطلق فقولان:

أحدهما: أنه يحمل على التأكيد؛ لأنه معتاد فى لسان العرب، فلا تقع إلا واحدة. والثانى: أنه يقع الثلاث، لأنه تلفظ ثلاث مرات، وإنما يصرف الطلاق بقصد صحيح عن وجهته، ولم يقصد صرفه إلى التأكيد.

ولو قال: أنت طالق طالق طالق، فله أن يقصد التأكيد. ولو قال: «أنت طالق وطالق»^(١) لم يمكن قصد التأكيد؛ لتخلل «الواو» الفاصلة؛ إذ المؤكد ينبغي أن يساوى المؤكد.

ولو قال: «أنت طالق وطالق وطالق» وقصد بالثالثة تأكيد الثانية: جاز، ولو قصد تأكيد الأولى، لم يجوز؛ لتخلل الفصل.

ولو قال: «أنت طالق وطالق بل طالق»^(٢) وقع الثلاث، وامتنع قصد التأكيد؛ لتغاير

(١) هذا باعتبار أن «الواو» لمطلق الجمع كما هو معروف عنها فى أصل الوضع عند أهل اللغة.

(٢) لأنه هنا على سبيل الإنشاء الذى لا سبيل فيه للتدارك، «وبل» وإن كانت للإعراض عما قبله =

الألفاظ، وكذلك قوله: «أنت طالق وطالق فطالق»^(١).

ولو قال: «أنت طالق طالق، أنت طالق» فيجوز أن تجعل الثالثة تأكيداً للثانية، وإن تخلل قوله: «أنت»؛ لأن إعادة أدوات الضمير تحتل في التأكيد.

الثانية: إذا قال لها: أنت طالق طلقة وطلقة، نص على وقوع اثنتين في المدخول بها. وجميع هذه المسائل في المدخول بها؛ إذ لا يتصور تعاقب الطلاق قبل الدخول. ولو قال: لفلان على درهم فدرهم، نص على أنه يلزمه درهم واحد. ف قيل: قولان بالنقل والتخريج. وقيل: الفرق أن التكرار يتطرق إلى الأخبار، ولذلك لو كرر في المجلس لم يتكرر بخلاف الإنشاء. وكذلك لو قال: لفلان على درهم بل درهمان، لا يلزمه إلا درهمان^(٢).

ولو قال: أنت طالق طلقة، بل طلقتين، وقع الثلاث؛ لأن الاستدراك لا يتطرق إلى ما سبق إنشاؤه، ويتطرق إلى الأخبار.

الثالثة: إذا قال: أنت طالق طلقة مع طلقة، أو معها طلقة^(٣)، أو تحت طلقة، أو تحتها طلقة، أو فوق طلقة، أو فوقها طلقة، فمقتضى الجمع بين طلقتين؛ فيقع في المدخول بها طلقتان، وفي غير المدخول بها وجهان.

أحدهما: أنه يقع ثنتان؛ لأن الجمع ممكن، كما لو قال: أنت طالق طلقتين. والثاني: أنه تقع واحدة؛ لأن قوله: «طلقة» كلام تام، والباقي ليس تفسيراً له، بخلاف قوله: أنت طالق ثلاثاً، فإن الثلاث تفسير لطلاق.

ولو قال لها: أنت طالق فطالق، بانء بالأولى، ولغا قوله: فطالق، أعنى قبل الدخول.

ـروايات ما بعده على سبيل التدارك، فهذا لا يكون إلا في الأخبار لاحتمالها التدارك مثل أن يقول سني ستون بل سبعون، ففي الخبر استطاع أن يطل الخطأ أو الكذب. أما في الإنشاءات كقوله: «أنت طالق وطالق بل طالق» فهنا لا يملك إبطال الأول.

انظر: شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح (١/١٩٢ وما بعدها)، المحرر للمرخسى (١/١٥٧ وما بعدها).

(١) لأن الفاء للتعقيب.

(٢) إن كان خبراً لزمه درهمان، كقوله حاكياً: «لفلان على درهم بل درهمان» لأنه يملك في الخبر التدارك لاحتمال الخير الصدق والكذب والخطأ.

أما إن كان الكلام إنشائاً لزمه ثلاثة دراهم كقوله لفلان: «على درهم بل درهمان» وهذا ما بيناه من قبل، وسيذكره المؤلف أيضاً وهذا من لبين المعنى.

(٣) لأن «مع» للمقارنة.

ولو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق وطالق^(١)، فهل تقع ثنتان عند الدخول؟ فيه وجهان، ووجهه: أن الدخول يجعل كالجامع للطلقتين المذكورتين.

الرابعة: إذا قال لها: أنت طالق طلقة قبل طلقة، أو قبلها طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها طلقة: ينفذ طلقتان في المدخول بها، ولكن الواقع أولاً مضمون قوله: «طلقة» أو مضمون قوله: «قبلها طلقة»؟ فيه وجهان، ينظر في أحدهما إلى اللفظ، واللفظ الأول قوله «طلقة» وفي الثاني ينظر إلى المعنى. وقوله: قبلها طلقة وإن ذكره آخرًا فقد قدمه بالمعنى. والأصح اتباع المعنى؛ فيقع أولاً مضمون قوله: «قبلها طلقة» وكلاهما يقعان بعد فراغه من تمام لفظه.

فعلى هذا، إذا خاطب بذلك غير المدخول بها، فإن قلنا: إن الواقع أولاً مضمون قوله: «طلقة»، وقعت واحدة، ولم تعقبها الثانية. وإن قلنا: الواقع أولاً مضمون قوله: «قبلها طلقة»، لم يتصور أن تقع تلك وحدها، ولا أن يقع بعدها طلقة، فيؤدى إلى الدور، فقياس مذهب ابن الحداد أنه لا يقع شيء، وقياس مذهب أبى زيد أنه يلغو قوله: قبلها طلقة؛ للبعد، ويبقى مضمون قوله: أنت طالق طلقة، فتنفذ واحدة.

الفصل الثالث: في الطلاق بالحساب

وهو ثلاثة أقسام:

الأول: حساب الضرب. فإذا قال: أنت طالق واحدة في اثنتين، أو اثنتين في اثنتين. وأراد الحساب بطريق الضرب: حمل عليه. وإن أراد الجمع حمل عليه؛ لأنه قد يراد بها «مع» والاحتمال البعيد مقبول في الإيقاع وإن لم يقبل في نفي الطلاق. وإن أراد الظرف قبل ولم يقع ما جعله ظرفاً. وإن أطلق فقولان:

أحدهما: أنه يحمل على الحساب؛ لظهور ذلك في اللسان.

والثاني: يحمل على الظرف؛ لأنه يحتملها، والتنزيل على الأقل المستيقن أولى. وحكى قول ثالث: أنه يقع الثلاث؛ لتلفظه به. وهو بعيد.

ومهما كان جاهلاً لا يفهم معنى الحساب، قطع المحققون بأنه لا يحمل سياقه على الحساب.

فروع: الجاهل بالحساب إذا قال: أردت بذلك ما يريد الحساب، ففيه وجهان:

(١) الفاء هنا بأصل الوضع للتعقيب فلهذا تدخل في الجزاء، فإن دخلت الدار طلقت، «والرأى» تمديد الجمع فتقع ثنتان.

أحدهما: أنه يحتمل؛ لإرادته. والثاني: لا؛ لأن إرادة ما لا يفهم محال.

ويجوز هذا الخلاف فيما لو قال: طلقت زوجتي مثلما طلق فلان زوجته، وهو لا يدري ذلك. ومهما احتمل في الإحرام أن يقول: أهلت بإهلال كإهلال فلان وهو لا يدري فلا يبعد أن يحتمل في الطلاق.

القسم الثاني: تجزئة الطلاق. وفيه مسائل:

إحداها: لو قال: أنت طالق نصف طلقة، أو ربع طلقة: نفذ، وكمل، لا بطريق السراية بل بأن يجعل البعض عبارة عن الكل. ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف صفة، وجهان:

أحدهما: أنه لا تقع إلا واحدة؛ لأن المضاف إليه واحدة. والثاني: أنه تقع طلقتان، فكأنه قال: طلقة ونصف.

وكذا الخلاف في قوله: خمسة أرباع، أو أربعة أثلاث، وما يزيد أجزأه على الواحدة.

الثانية: إذا قال: أنت طالق نصفى طلقة، فالصحيح: أنه تقع واحدة. ولو قال: نصف طلقتين، فالصحيح أنه تقع أيضا واحدة، لا كما لو كان في يده عبدان فقال: لفلان نصف العبدتين، ثم فسر بأحدهما: لم يقبل؛ إذ نصف الاثنين المتناسبين المطلقين واحد. أما المعين فإنه لا يتجه فيه ذلك. وقد قيل: تقع طلقتان. وإن فسر بواحدة، يدين، وهل يقبل ظاهراً؟ قالوا: فيه وجهان.

الثالثة: لو قال: أنت طالق، سدس وربع وثلاث طلقة، فهي طلقة واحدة. ولو كرر المطلقة، فقال: سدس طلقة وربع طلقة، وثلاث طلقة؟ فمنهم من أوقع الثلاث، ومنهم من رد جميع ذلك إلى طلقة واحدة، وجعل تكراره للتأكيد.

القسم الثالث: في اشتراك نسوة في الطلاق:

وفي مسائل: الأولى: لو قال لأربع نسوة: أوقعت عليكن طلقة واحدة، طلقت كل واحدة طلقة؛ إذ يخص كل واحدة ربع طلقة. ولو قال: طلقتين، أو ثلاثاً، أو أربعاً. فلا تزيد كل واحدة على طلقة، ما لم يجاوز الأربع.

فإن قال: أوقعت عليكن خمس طلقات، طلقت كل واحدةنتين، ولا تزيد إلى ثمانية.

فإن قال: تسع طلقات طلقت كل واحدة ثلاثاً. أما إذا قال: أوقعت بينكن طليقة، فهو كقوله: أوقعت عليكن، إن أطلق. وإن أظهر تفسيراً يخالف ذلك، فهل يقبل؟ فيه أربعة أوجه:

أحدهما: أنه يقبل كل ما يديه من تخصيص وإضمار؛ للاحتمال. والثاني: أنه لا يقبل أصلاً ما يخالف الاشتراك؛ لأنه يصير الكلام كالمستكره. الثالث: يقبل بشرط أن لا تخرج واحدة منهن عن الطلاق، حتى لو قال: أوقعت بينكن ثلاث طلقات، ثم أراد تخصيص زينب بطلقتين، ويوزع واحدة على الباقيات: صح ولو أراد إخراج واحدة لم يجز.

الرابع: أنه يقبل التخصيص والإخراج، بشرط أن لا يعطل طلاقاً حتى لو قال: أوقعت بينكن أربع طلقات ثم خصص زينب حتى تعطل الرابعة لم يجز. نعم، يقبل في اختصاص ثلاث بها، وتبقى الرابعة، فتوزع على البواقي، وتطلق كل واحدة طليقة.

الثانية: إذا قال: أوقعت عليكن سدس طليقة، وربع طليقة وثلاث طليقة، فإن قلنا: إن هذا في الواحدة محمول على ثلاث طلقات، قال العراقيون: طلقت كل واحدة ثلاثاً؛ إذ يوزع كل جزء على الجميع. ويحتمل أن يقال: إن ذلك كثلاث طلقات. ولو أوقع بينهن ثلاثاً، لم تطلق كل واحدة إلا طليقة واحدة.

الثالثة: إذا قال لثلاث نسوة: أوقعت بينكن طليقة، ثم قال للرابعة: أشركتك معهن، فإن لم ينو، لم يقع شيء؛ لأنه كناية. وإن نوى الطلاق، ولكن لم يخطر بباله كيفية الاشتراك، قال القفال: تقع عليها طليقتان؛ لأن الشركة أن يكون لها نصف ما لهن، ولهن ثلاث، فنصفه واحدة ونصف، فتكمل طليقتين. وقال الشيخ أبو علي: تقع واحدة؛ لأن مطلق الاشتراك لا ينبئ عن مساواة الشريكين.

الباب الخامس في الاستثناء

وله شروط ثلاثة:

أحدها: أن لا يستغرق المستثنى عنه. والثاني: بأن يتصل بالمستثنى عنه. فلو انفصل ولو بزمان يسير لم يصح. وقال ابن عباس: يصح الاستثناء المنفصل، وهو بعيد.

والثالث: أن يكون قصد الاستثناء مقروناً بأول الكلام، فإن قال: أنت طالق، ثم بدا له متصلاً بالفراغ أن يقول: «إن شاء الله؟» قال أبو بكر الفارسي: هو باطل بالإجماع. وحالقه بعض الأصحاب، وعزا ذلك إلى الأستاذ أبي إسحاق وقال: شرطه اتصال

اللفظ، أما اقتران النية فليس بشرط وكلام الفارسي أصح. وشرح هذه المسائل في فصلين:

الفصل الأول: في الاستثناء المستغرق

وفيهِ مسائل:

الأولى: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، وقع الثلاث وبطل الاستثناء؛ لاستغراقه وتنقاضه. ولو قال: «أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة» ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجمع استثناءه ويجعل مستغرقاً، فيبطل ووقع الثلاث. والثاني: أن الاستغراق وقع بقوله: واحدة؛ فيلغى هذا القدر ويعتبر الباقي.

وكذا الخلاف في قوله: أنت طالق طلقين، وواحدة إلا واحدة. فإن جمع المستثنى عنه صح الاستثناء. وإن فرق بطل. وكذلك لو قال: أنت طالق واحدة، وواحدة، وواحدة إلا واحدة. وكذلك لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، وواحدة، وواحدة. ولو قال: أنت طالق واحدة، وواحدة، وواحدة إلا واحدة، وواحدة، وواحدة؛ وقع الثلاث على الوجهين؛ لأن من جمع، جمع من الجانبيين، ومن فرق فكذلك، وهو مستغرق بكل حال.

الثانية: الاستثناء من الاستثناء صحيح، ومعناه نقيض المستثنى عنه، فهو من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي. فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، معناه: إلا اثنتين لا تقع إلا واحدة من اثنتين تقع، فتقع اثنتان. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه تقع الثلاث؛ لأن الأول مستغرق؛ فلغى، والأخير استثناء من لاغ. والثاني: وهو الصحيح، أنه يقع واحدة؛ لأن الكلام بآخره، وقد أخرج عنه الاستغراق بالاستدراك. والثالث: أن الاستثناء الأول يلغى، ويصير الأخير استثناء عن الأول. وهذا تحكم فاسد.

الثالثة: قال ابن الحداد: إذا قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً، وقعت ثنتان، وكأنه زاد له وسع الاستثناء. ومنهم من قال: الخمس كالثلاث، والاستثناء مستغرق فيبطل، ولا نظر إلى الزيادة.

ولو قال: أنت طالق أربعاً إلا اثنتين، فعلى مذهب ابن الحداد تقع اثنتان، وعلى الوجه الآخر: تقع واحدة وكأنه قال: ثلاثاً إلا اثنتين.

الرابعة: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة، وقع ثلاث؛ لأنه أبقى النصف، فيكمل. وفيه وجه أن استثناء النصف، كاستثناء الكل، كما أن إيقاع النصف كإيقاع الكل.

الفصل الثاني: في التعليق بالمشيئة

وفيه مسائل: الأولى: إذا قال: أنت طالق إن شاء الله. أو أنت حر إن شاء الله: لم يقع الطلاق والعق؛ لأن مشيئة الله غيب لا يدري، فصار الوصف المعلق به مجهولاً، وقال مالك رحمه الله: لا يقع الطلاق ويقع العق.

ونص الشافعي رضي الله عنه أنه لو قال: أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله، أنه يكون مظاهراً. فمن الأصحاب من طرد هذا في الطلاق وسائر العقود، ومنهم من فرق بأن الظاهر إخبار، وتعليق الإخبار بالمشيئة لا يصح، وكذلك لو قال: لفلان عليّ عشرة إن شاء الله، تلزمه العشرة، والإنشاء يحتمل التعليق. ومنهم من سوى بين العقود والإقرار، وحوز الاستثناء بالمشيئة في الجميع، وعليه التفريع.

الثانية: إذا قال: يا طالق إن شاء الله، الظاهر أنه يقع؛ لأن الاستثناء عن الاسم لا ينتظم، إنما ينتظم الإنشاء، وفيه نظر؛ لأن هذا الاسم معناه الإنشاء، فذلك قال بعضهم: إنه لا يقع شيء.

أما إذا قال: يا طالق، أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، انصرف الاستثناء إلى الثلاث، ووقعت واحدة بقوله: يا طالق.

الثالثة: لو قال: أنت طالق ثلاثاً، يا طالق إن شاء الله. قال الأصحاب: لا يقع شيء؛ لأن قوله: يا طالق، لا يعمل الاستثناء فيه؛ تفرعاً على الظاهر، ويرجع الاستثناء إلى الثلاث، وتحلل قوله: «يا طالق» لا يدفع الاستثناء؛ لأنه من جنس الكلام، وهو كقوله: أنت طالق ثلاثاً يا حفصة إن شاء الله.

الرابعة: إذا قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، أو إلا أن يشاء الله، فموجب اللفظين واحدة، ومعناه التعليق بعدم المشيئة. وكما لا تعرف المشيئة، لا يعرف عدمها، فقياس ذلك أن لا يقع الطلاق، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه، بل هاهنا أولى؛ لأنه علق على محال؛ إذ استحيل أن يقع الطلاق بخلاف مشيئة الله، فهو كما لو قال: أنت طالق إن سعدت السماء، وقال صاحب «التلخيص»: يحتمل أن يقال: يقع، بخلاف التعليق بالصعود؛ لأن الصعود ممكن في نفسه والطلاق بخلاف المشيئة محال، فكأنه قال: أنت

طالق طلاقاً لا يقع، وحكى عن القاضى أنه اختار وقوع الطلاق هاهنا وهو بعيد؛ لأنه إن قال: أنت طالق طلاقاً إن اجتمع السواد والبياض: لم يقع؛ لأنه تعليق بمحال. فكذلك قوله: إن خالف طلاقك مشيئة الله، فإنه أيضاً محال، ونعم، يحتمل له مأخذ آخر، وهو أنه لو قال: أنت طالق إن لم يدخل زيد الدار، فدخل، لم يقع، فإن مات زيد قبل الدخول، تبين وقوعه وقت الطلاق. فإن مات وأشكل الدخول ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقع؛ لأن الأصل عدم الوقوع. والثاني: أنه يقع لأنه نجز لطلاق، واستثناءه، ولم يثبت الاستثناء. وهذا الوجه أظهر في قوله: أنت طالق إلا أن يدخل زيد الدار، فإن هذه صيغة الاستثناء. والصحيح أنه لا فرق بين الصيغتين، فعلى هذا لا يعد أن يقال: مشيئة الله مستثنية فيقع الطلاق لذلك. فهذا وجه المتكلف. والصحيح أنه لا يقع؛ إذ لو وقع، لكان الله قد شاء وقوعه، وهو إنما علق الطلاق بعدم المشيئة إلا أنه إذا لم يقع، تبين أن الله لم يشأ، فقد تحقق الوصف الذى علق عليه، فينبغى أن يقع، ثم بالوقوع ينتفى الوصف، فالشرط والجزاء هاهنا متضادان لا يجتمعان، ومنشأ بدو النظر أن التعليق على هذا الوجه، هل يصح؟ وليس كما إذا علق باجتماع السواد والبياض؛ لأن التضاد بين السواد والبياض لا بين الاجتماع والطلاق، فلا تضاد بين الجزاء والشرط. ويستمد هذا من مسألة «الدور» فإن قوله لغير المدخول بها: إن طلقك فأنت طالق قبله، فيه تضاد بين الشرط والجزاء، فالغايه أبو زيد لذلك، واعتبره ابن الحداد، وهذه المسألة تلتفت إليه

فإن قيل: إذا قال: أنت طالق إن شاء الله، ما معنى التردد في مشيئته، ومشيئته قديمة، لا يتردد فيها، فإن أريد تعلقها، فلا يخلو إما أن يراد تعلقها بلفظ الطلاق، أو بحكمه، فإن أريد باللفظ، فقد شاء اللفظ؛ لأنه قد جرى. وإن أريد الحكم، فالحكم قديم، والإرادة لا تتعلق بالقديم؛ لأن الحكم كلام الله تعالى؟.

فنقول: معناه مشيئة حكم الطلاق، والمشيئة قديمة، ولكن المراد أن يحدث لها عند الحدوث تعلق بالإرادة القديمة، وإن كان لها قبل الحدوث نوع تعلق على وجه آخر، وذلك التعلق المتجدد مشكوك فيه. وأما قوله: الحكم قديم فلا يراد، فهو كذلك، ولكن مصير المرأة محرمة، وصف حادث يستدعى تعلقاً جديداً للكلام القديم به، فللخطاب القديم تعلقات متجددة كما للإرادة، والأحكام تبنى على التعليقات المتجددة، لا على الأصل القديم.

الباب السادس: فى الشك فى الطلاق وفى محله

أما الشك فى الطلاق فصورته أن يتردد فى أنه هل طلق أم لا؟ فالأصل أن لا طلاق.

فنأخذ بالاستصحاب، كما إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث؛ لأنه لا مجال للاجتهاد في الطلاق والحدث، والاستصحاب يكفي، وليس ذلك كطلاق يختلف فيه الفقهاء. فإنه لا يجعل مشكوكاً، بل يجب الاعتماد على ما يقتضيه الاجتهاد، وكذلك إذا طار طائر فقال: إن كان هذا غراباً، فامرأتى طالق، وشك: لم يقع الطلاق، إلا إذا تبين أنه غراب، فلو قال آخر: وإن لم يكن غراباً، فامرأتى طالق، لم يقع طلاقه أيضاً؛ لأنه لو تفرد به، لم يقع، فتقدم غيره لا يفسر حكمه.

أما إذا كان له زوجتان، فقال: «إن كان هذا غراباً، فعمرة طالق، وإن لم يكن، فزيتب طالق» حرمت واحدة، وعليه أن يجتنبهما؛ لأنه اتحد الشخص، فيحصل اليقين في حقه.

فروع: لو جرى ذلك في عبيدين من رجلين، فلكل واحد أن يتصرف في عبده. فلو اشترى أحدهما العبد الآخر حتى اجتماعاً في ملكه، حصر عليه فيهما إلى أن يتبين. وفيه وجه: أنه يختص الحجر بالمشتري؛ لأن الأول كان يتصرف فيه فلا ينقلب حكمه بشراء الآخر، والصحيح هو الأول.

ولو باع الأول، ثم اشترى الثاني، فيحتمل أن يقال له: التصرف في الثاني؛ لأن تيد واقعة قد انقضت، فهو كما لو صلى صلاة إلى جهة، ثم تغير اجتهاده إلى جهة أخرى، صلى لجهة أخرى ولم يقض الأولى، ويحتمل خلافه؛ لأن الاستصحاب ضعيف بالإضافة إلى الاجتهاد.

وأما إذا شك في محل الطلاق كما إذا طلق واحدة منهما، ثم نسي فعلية التوقف إلى التذكر. ولو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق، ثم قال: أردت الأجنبية، فهل يقبل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها ليست محلاً لطلاقه. والثاني: نعم وهو الأظهر؛ لأن اللفظ مبهم، فعلى هذا يراجع حتى يُعين.

ولو قال لزوجتين: إحداكما طالق، طوّل بالتعيين، فإن كان قد نوى واحدة معينة، طوّل بالكشف. والصحيح: أن عدتها من وقت الإبهام. وإن لم ينو، طوّل بتعيين واحدة للوقوع. فإذا عين، فيقع الطلاق بالتعيين، أو يتبين وقوعه بالإبهام؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يقع بالإبهام، والتعيين كاليان له والتنصيص على محله، فتحسب العدة من ذلك الوقت على الصحيح، كما إذا نوى. الثاني: أنه يقع بالتعيين؛ لأنه لو وقع

قبله، لوقع على غير محل، فإنه بين المحل الآن، ولكن لما أوقع من غير بيان محل، ألزمناه ببيان المحل.

ثم في التعيين نظر في حالة الحياة، وبعد الموت.

النظر الأول في الحياة. وفيه مسائل:

الأولى: أنه يلزمه التعيين ويطلب به، ويجب على الفور، كما لو أسلم على عشر نسوة، ويعصى بالتأخير. ولو أبهم طليقة رجعية، ففي وجوب التعيين في الحال وجهان؛ لأن التحريم قد حصل، ولكن النكاح لم ينقطع.

الثانية: أنه يلزمه نفيهما قبل التعيين وإن طالبت المدة، وكذلك إن نوى واحدة ولكن لم يبين، وكذلك في مسألة الغراب إلى أن يتبين؛ لأن حجر النكاح مطرد، فلا بد من النفقة.

الثالثة: إذا وطء أحدهما. فإن قلنا: إن الطلاق يقع بالتعيين، لم يكن ذلك تعييناً. وإن قلنا: إنه كالبيان فلا يبعد أن يجعل ذلك بياناً للمنكوحة، وكذلك الخلاف إذا وطء إحدى أمتيه، وقد أبهم العتق بينهما. وحيث جعلنا الوطء تعييناً، فلا مهر لها. وإن لم نجعله تعييناً، فعين الأخرى للنكاح، ففي وجوب المهر وجهان يتنبهان على وقت وقوع الطلاق.

الرابعة: إذا ماتا أو أحدهما لم تسقط المطالبة بالتعيين؛ لأجل الميراث، وهذا يؤيد قولنا: إن الطلاق يقع بالإبهام. وعلى الوجه الآخر اختلفوا، ومنهم من قال: هاهنا للضرورة يحمل التعيين على البيان، لا على الإيقاع. ومنهم من قال: تنبهن وقوع الطلاق على المعينة قبيل موتها؛ وهذا كما نقول في المبيع إذا تلف، فإننا تنبهن الانفساخ قبيل التلف؛ للضرورة.

الخامسة: في صيغ التعيين. وفيه صورتان:

أحدهما: أن يقول: نويتهما جميعاً، فلا يقع عليهما؛ لأن اللفظ لا يحتمله، ولكنه إقرار لهما بالطلاق، فلكل واحدة مؤاخذته بذلك. ولو قال: أردت هذه ثم هذه، قال القاضي: تطلق الأولى دون الثانية؛ لأن لفظه لا يحتمل الجمع، وقال الإمام: الوجه أن يكون إقراراً للثانية أيضاً، ويلغى قوله: «ثم» كما إذا قال: هذه الدار لزيد ثم لعمرو، فإن لعمرو مؤاخذته. ولو قال: أردت هذه بعد هذه، فعند القاضي: يقع على الثانية؛ لأنها مقدمة في المعنى، وإن تأخرت في الذكر، وعلى مذهب الإمام: يؤاخذ بهما.

الصورة الثانية: أن يُبهم طلاقاً بين ثلاث نسوة، ثم يجلس اثنتين فى جانب، والثالثة فى جانب، ثم قال: أردت هذه ووقف قليلاً ثم قال: أو هذه، فنقول: لم يرفع الإبهام. فلو عين الثالثة: تعينت الأخيرتان للتكاح. ولو عين إحداهما شاركتها صاحبتهما؛ لأنه جمعها إليه فى الإقرار بقوله: هذه أو هذه، وإنما تعين للشركة صاحبتهما لوقفته فى الصيغة. فلو قال على السرد: هذه أو هذه، احتمل أن تكون شريكة الأولى وشريكة الثانية، فيرجع إليه ويقبل فى ذلك قوله.

هذا كله إذا كان قد نوى، أما إذا أبهم الطلاق من غير نية، فطالبناه فقال: عينت هذه أو هذه، فيلغو قوله. فلو قال: عينت هذه وهذه، تعينت الأولى ولغا قوله فى الثانية؛ لأنه ليس إقراراً حتى يؤخذ به، بل هو إنشاء، ولا يستقل بنفسه إنشاء إذا لم يسبق لفظ صالح للجميع.

المسألة السادسة: فى النزاع. ولها ثلاث صور:

إحداها: لو كان قد نوى، فادعت واحدة أنه أرادها، وأنكر، فالقول قوله، فإن نكل حلفت، وتعينت للطلاق يمينها، وتعينت الأخرى بإقرار الزوج لها حيث أنكر الثانية.

الصورة الثانية: أن يكون قد طلق واحدة معينة منهما، لكنه نسي، فقالت واحدة: طلقتنى، فلا يقبل قول الزوج: نسيت، بل عليه أن يحلف على البت أنه ما طلقها، فإن نكل حلفت على البت، وحكم لها، ولو قبلنا يمين الرجل على نفسى العلم، والنسيان، للزم فى الاستقراض وسائر الدعاوى.

الصورة الثالثة: فى مسألة الغراب. إذا قالت واحدة: إنه كان غراباً، فأنا طالق، فأنكر الزوج، فعليه أن يحلف على البت أنه لم يكن غراباً، أو ينكل حتى تحلف على البت أنه كان غراباً.

ولو علق دخولها أو دخول غيرها، فتنازعا، اكتفى منه يمين على نفسى العلم بالدخول، هكذا قاله إمامي^(١)، وليس يتبين لى فرق بينهما أصلاً، بل ينبغى أن يقال: عليه يمين جازمة، أو نكول فى المسألتين جميعاً.

النظر الثانى: فيما بعد الموت:

وفيه ثلاث مسائل: إحداها: إذا ماتتا جميعاً، فعليه التعيين، فإن كان قد نوى بقلبه فبين، فللوارث تحليفه؛ لأجل الميراث. وإن لم يكن قد نوى، فعين، لم يكن لهم

(١) أى إمام الحرمين أبو المعالي الجوينى.

التحليف؛ لأنه إنشاء منوط باختياره. وقال أبو حنيفة رحمه الله : ينحسم التعيين بالموت، وللزوج نصف حقه من ميراث كل واحدة.

الثانية: أن يموت الزوج أيضاً، فهل للوارث التعيين؟ تُنظر: فإن كانتا في الحياة، فيوقف ميراث كل واحدة بينهما حتى يصطلحا، وليس لوارث الزوج التعيين.

وإن ماتت إحدهما، ثم مات الزوج، ثم ماتت الأخرى، فإن عين الوارث الأولى للطلاق، فهو مقرر على نفسه؛ إذ حرم مورثه عن الميراث، فيقبل. وإن عين الأخيرة لبحرمها عن ميراث مورثه، وليجوز الأولى فهذا محل غرضه، ففي تعيينه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يقبل؛ لأنه خليفة المورث في خيار الشفعة وغيره، فكذلك في هذه. والثاني: أنه لا أثر له؛ لأن حقوق النكاح لا تورث. والثالث: أنه إن قال: إن الزوج نوى هذه، فله ذلك، فلعله سمعه أو فهمه بقرينة. وإن قال: لم ينو، ولكنه أراد إنشاء التعيين، لم يجوز؛ لأن هذا إلى الزوج، وكذا الخلاف في تعيين الوارث إذا أبهم العتق بين عبيدين ومات؛ لأن للوارث غرضاً فيه. والعراقيون أرسلوا ذكر قولين في أن الوارث، هل يعين حيث يعين الزوج لو كان حياً؟ ولم يفرقوا بين أن يكون له غرض، أو لا غرض له. وهذا التفصيل ذكره القفال وهو أحسن.

الثالثة: إذا قال: «إن كان غريباً، فزوجني طالق». وإن لم يكن غريباً، فعبدي حر» فيحجر عليه فيهما جميعاً؛ لأن المالك متحد، وإن كان الجنس مختلفاً. فإن مات قبل التعيين، فهل للوارث التعيين؟ فيه طريقتان:

أحدهما: طرد القولين. والثاني: القطع بأنه لا يعين؛ للقرعة مدخلاً في العتق، فهو أولى من التعيين وإن لم يكن لها مدخل في الطلاق.

وإذا وقع الإبهام في عرض الإرقاق، فلا خلاف في أن المحكم للقرعة. فعلى هذا، لو أقرعنا، فخرج على الرقيق: عتق، وتعينت المرأة للنكاح، وورثت. وإن خسر على المرأة، لم تطلق؛ لأن القرعة لا تؤثر في الطلاق. ولكن هل يتعين الرقيق للرق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن القرعة إن قصرت عن حكم الطلاق، فتستعمل في الرق والعتق. والثاني: لا؛ لأن تعيينه للرق فرع تعيين المرأة للطلاق بالقرعة، فإذا لم تعمل القرعة في محلها، كيف تعمل فيما يثبت ضمناً له؟ فعلى هذا يبقى الإبهام؛ إذ كنا نتوقع بالقرعة بياناً فلم يحصل.

السطر الثاني من الكتاب فى التعليقات

والنظر فيه فى فصول مطولة، وفى فروع متعددة موجزة، فلنقدم الفصول، وهى ستة:

الفصل الأول فى التعليق بالأوقات

وهى أربعة:

النوع الأول: فى التعليق بحجىء وقتٍ منتظر. وصيغة التعليق «إن» وفى معناه «إذا»، فلا فرق بين أن يقول: إن طلعت الشمس، أو إذا طلعت الشمس، أو إن دخلت لدار، أو إذا دخلت الدار، فالكل تعليق. وقال مالك رحمه الله: إذا علق بما يستيقن وقوعه كطلوع الشمس وقع فى الحال. وهو ضعيف.

فنقول: لو قال: أنت طالق فى أول شهر رمضان: طلقت، كما أهل الهلال مقروناً بأول جزء منه. ولا نقول: إن «فى» للظرف فيقتضى وقتاً محتوشاً بوقتین من شهر رمضان، بل لا يشعر إلا بالانطباق عليه. ولو قال: أنت طالق فى شهر رمضان، فكمثل. ولو قال: أنت طالق فى يوم السبت، طلقت مع طلوع الفجر. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقع فى آخر النهار وآخر الشهر^(١)، التفاتاً إلى أن الوجوب المعلق بوقت الموسع يستقر فى آخره.

ولو قال: أنت طالق فى آخر شهر رمضان، طلقت فى آخر جزء منه. وفيه وجه آخر: أنها تطلق فى أول جزء من ليلة السادس عشر؛ لأن النصف الأخير كله آخر الشهر. ولو قال: أنت طالق فى أول آخر الشهر، طلقت فى أول يوم الأخير على وجه، وفى أول نصف الأخير على وجه. ولو قال: فى آخر أول هذا الشهر، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه آخر النصف الأول. والثانى: أنه الليلة الأولى. والثالث: أنه آخر يوم الأول.

(١) أى يقع فى آخر نهار السبت، وآخر شهر رمضان. وهنا مع تصير «فى» بمعنى الشرط عاراً لأن حقيقتها فى أصل الوضع للظرف، فإن اعتبرناها بأصل الوضع طلقت مع النية التى تخصص جزءاً من اليوم، أو من الشهر، لأن «فى» الظرفية قرنت بزمان والزمان ظرفاً يصلح للطلاق فى جزء منه مبهم فعد عدم النية بتخصيص جزء معين تطلق من أوله فإذا نوى آخر النهار كان هذا بياناً لهم. فإن لم تكن هناك نية طلقت فى آخر جزء من الوقت باعتبار وجوب الطلاق بوقت مطلق عن التقيد بجزء منه فللمطلق أن يقر الطلاق على الفور أو على التراخي من اليوم الذى علق به الطلاق أو من الشهر.

ولو قال: في سلخ الشهر فثلاثة أوجه: أحدها: أنه آخر جزء من الشهر؛ إذ به الانسلاخ. والثاني: أنه أول اليوم الأخير. والثالث: أنه أول جزء من الشهر؛ لأنه منه يأخذ في الانسلاخ، وهذا ركيك. ولو قال: عند انسلاخ الشهر، لم يتجه إلا في آخر جزء من الشهر.

النوع الثاني: التعليق بمضى الأوقات. فلو قال: إذا مضى يوم، فأنت طالق وهو بالليل فيقع مع الغروب من الغد. وإن كان بالنهار، فيلزم أن يعود النهار إلى مثل رقبته. ولو قال: إذا مضت السنة، فتطلق مع استهلال المحرم، وإن لم يكن قد بقى إلا يوم. ولو قال: إذا مضت سنة، فلا بد من اثني عشر شهراً من وقت اليمين، ويكفى الأشهر العربية، لكن الشهر الذي هو فيه إذا كان في وسطه، يكمل ثلاثين من آخر السنة. وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا انكسر شهر، انكسر جميع الشهور؛ لأنه لا بد من التوالي.

النوع الثالث: التعليق بالزمان الماضي. فإذا قال: أنت طالق بالأمس، وقال: قصدت الآن إيقاع الطلاق بالأمس. قلنا: هذا محال؛ لأن حكم اللفظ لا يتقدم على اللفظ، وهل يقع في الحال؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن حكم لفظه لو تحقق شمل الوقت الحاضر، فينفذ في القدر الممكن. والثاني: وهو الأقوى أن هذا لغو من الكلام، فلا يقع به شيء. ولو قال: أوقعت الآن طلقة ينتشر حكمها إلى الأمس، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يقع ويلغى قوله: ينتشر إلى الأمس؛ لأنه محال. والثاني: وهو اختيار الربيع أنه لا يقع؛ لأنه أوقع ما يتصف بهذه الصفة، وما وصفه به فهو محال، فلا يقع شيء.

وترجع حقيقة الخلاف إلى أنه إذا وصف الطلاق بوصف جعل محالاً، يبغي أصل الطلاق، أو الوصف؟ واستدل الربيع بقوله: أنت طالق إن أحييت ميتاً، أو صعدت السماء، فإنه لا يقع، فاختلقت الأصحاب فيه على ثلاثة أوجه:

منهم من وافقه. ومنهم من قال: يقع أيضاً في مسألة الصعود والإحياء، وهو كقوله: أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك.

ومنهم من فرق بين الإحياء والصعود، وقال: الإحياء محال من المخلوق، فهو كقوله: طلاق لا يقع عليك، وأما الصعود فممكن في نفسه.

والصحيح أن هذه التعليقات صحيحة، والمقصود الإبعاد، كقوله تعالى: ﴿حتى يلج الجمل في سم الخياط﴾ [الأعراف: ٤٠]. وأما قوله: طلاقاً لا يقع، فهو متناقض في ذاته. وقوله: طلاقاً يعكس حكمه على ما مضى، ليس بمتناقض، لكنه يخالف حكم الشرع، فينقدح فيه التردد، ولا بأس بما ذكره الربيع فيه.

ولو قال: «إذا مات فلان، فأنت طالق قبله بشهر»: صح، فإن مات قبل مضي الشهر لم يقع الطلاق؛ لأنه يؤدي إلى التقديم على اللفظ. ولو مات بعد شهر، تبين وقوع الطلاق قبله بشهر. وكذلك لو قال: «قبل قسوم زيد» و«قبل دخول الدار بشهر». وقال أبو حنيفة رحمه الله: «يستند الطلاق في الموت، دون القسوم والدخول» وهو تحكم.

ولو قال: أنت طالق أمس غداً، أو غداً أمس وقع في الحال لأن اليوم هو أمس غداً، وغداً أمس، ولو قال: أنت طالق في السنة الماضية ولم يبين فالظاهر الحكم بالطلاق؛ لأن ظاهره الإقرار بوقوع الطلاق. ولو قال: «أردت أن زوجاً آخر طلقك، أو طقتك أنا في نكاح آخر، ثم جددت. فإن أقام بينة، قبل، وإلا حكم بالطلاق في الوقت. ولو قال: «طلقة رجعية» فيقبل؛ لأنه تقرير للطلاق في هذا النكاح.

النوع الرابع: التعليق بتكرير الأوقات. وفيه مسألتان:

إحدهما: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، في كل سنة طلقة: طلقت طلقة واحدة في الحال، وواحدة في أول محرم السنة الثانية إن أراد السنين العربية، والثالثة في أول محرم السنة الثالثة إن بقيت العدة. وإن لم يرد السنة العربية فلا تقع الثانية ما لم تنقض سنة كاملة من الأولى. وإن أطلق، فوجهان على حسب الاحتمالين.

فلو أبانها، ثم جدد النكاح في وسط السنة وقلنا بعود الحث: طلقت كما نكحها وإن كان أول السنة قد فات؛ لأن جميع السنة وقت، وإنما عجلنا في أول السنة عند دوام النكاح لمصادفة الوقت.

الثانية: لو قال: أنت طالق ثلاثاً، في كل يوم طلقة طلقت طلقة في الحال، ووقعت الثانية صبيحة اليوم الثاني. فلو قال: أردت أن يتخلل بين كل طلاقين يوم كامل، فيدين باطناً وهل يقبل ظاهراً؟ فيه وجهان، وهذا يخالف السنة؛ لأن اليوم، مقدر محصور، لا يوجب الحساب تداخله كما يوجب تداخل السنين.

الفصل الثاني: في التعليق بالتطبيق ونفيه

وفيه ثلاث صيغ:

الأولى: أن يقول: إن طلقك فأنت طالق، فإذا قال ذلك بعد الدخول، فمهما طلقها

واحدة، طلقت أخرى بالتعليق، ولا يختص ذلك بالمجلس كقوله: «متى ما» و«مهما» و«إذا» فكل ذلك لا يقتضى فوراً إلا إذا علق على مشيتها، أو بإعطائها مالا، فيختص بالمجلس؛ لاقتضاء القرينة لا للفظ.

وأما قبل الدخول، فلا تقع الطلقة المعلقة؛ لأنها بانّت بالأولى، ولذلك نصر الشافعي رضى الله عنه : أنه لو خالعهما لم يقع الطلاق المعلق؛ لأنها بانّت بالخلع، فلا يلحقها طلاق. وقد ظن أكثر الأصحاب أن هذا يدل على أن الجزاء يترتب على الشرط، ويقع بعده؛ لأنه لو وقع معه لوقع قبل الدخول، ويكون كما لو قال: أنت طالق طلقتين. ويشهد لهذا أيضاً أنه لو قال لغانم: مهما أعتقتك، فسالم حر، ثم أعتق غانماً فى المرض والثلث لا يفى بهما لم يعتق من سالم شيء، بخلاف ما لو أعتقهما جميعاً، فإنه يقرع بينهما. والصحيح، أن الجزاء مع الشرط؛ لأن الشرط جعل علة بالوضع، فهو كالعلة الحقيقية، والمعلول مع العلة، وإن كان بينهما ترتيب عقلى فى السببية، بل هو كحركة الخاتم، فإنه مع حركة اليد وإن كان معلولاً له. وإنما لم يقع قبل الدخول؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق مع أول حال البينونة. وأول حال البينونة يضاد الطلاق كما فى حال البينونة. وكذلك لو قال لها: أنت طالق طلقة معها طلقة، لم يقع إلا واحدة، على أدق الوجهين، بخلاف ما لو قال: أنت طالق طلقتين؛ لأن البينونة معلول بمجموع الطلقتين. وقوله: «طلقتين» كالتفسير لقوله: «طالق»، وكذا لا يعتق سالم؛ لأن عتقه معلول عتق غانم، وربما خرجت القرعة على سالم؛ فيعتق دون عتق غانم؛ فيكون المعلول قد ثبت دون العلة، وذلك محال. وهذا كلام دقيق عقلى ربما يقصر نظر الفقيه عنه.

النظر الثانى فى هذه المسألة: أن التعليق هل يكون تطليقاً؟ فإذا قال: إن طلقتك فأنت طالق ثم قال: «إن دخلت الدار فأنت طالق» فدخلت، وقعت طلقة يمين الدخول، وأخرى يمين التعليق؛ لأن التعليق مع الصفة تطليق، نعم، بمجرد التعليق ليس بتطليق، وكذلك لو تقدم التعليق ولم يوجد بعد يمينه إلا بمجرد الصفة، لم يكن تطليقاً إلا إذا قال: إذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق، وكان التعليق بالدخول مقدم على هذا التعليق فإنه إذا وقع بمجرد الصفة، وقعت طلقة أخرى؛ لأنه وقوع وليس بإيقاع. وعن العراقيين وجه: أن التعليق مع الصفة ليس أيضاً بتطليق. وهو بعيد، لاسيما فيما إذا علق بفعل نفسه وأتى بالفعل.

فرعان: الأول: إذا قال: إن طلقت عمرة، فحفصة طالق، ثم قال: إن طلقت حفصة، فعمرة طالق، ثم بدأ بحفصة فطلّقها، طلقت حفصة بالتنجيز طلقة، وطلقت عمرة

بالتعليق طليقة، وعادت طليقة إلى حفصة من طلاق عمرة؛ لأن تعليق طلاق عمرة تراخي عن تعليق طلاق حفصة، فكان تطليقاً لها، وقد علق طلاق حفصة على تعليقها.

ولو بدأ بعمرة، فطلقها، فيرجع الطلاق على حفصة، ولم يرجع طلاق إلى عمرة؛ لأن تعليق طلاق حفصة، سبق تعليق طلاق عمرة، فكان بالنسبة إلى تعليق طلاق عمرة وقوعاً محضاً، لا إيقاعاً. نعم، لو أبدل لفظ الإيقاع بالوقوع وقع على المطلقة طليقة تنجيزاً، وطليقة أخرى تعليقاً، ولم يقع على الأخرى إلا طليقة واحدة؛ لأنه انحل اليمين؛ لأن حرف «إن» ومهماً لا يقتضي التكرار بخلاف «كلما» فينحل بوجود الصفة مرة واحدة.

الفرع الثاني: إذا قال - وله نسوة وعبيد -: إذا طلقته واحدة، فعبد من عبيدي حر، وإذا طلقته اثنتين، فعبدان حران، وإذا طلقته ثلاثاً، فثلاثة، وإذا طلقته أربعاً فأربعة، ثم طلق أربع نسوة: عتق عشرة أعبد؛ لأنه حنت في الأيمان الأربعة؛ لأن في الأربعة أربعة، وثلاثة، واثنين، وواحدة، وذلك عشرة.

ولو أبدل «إذا» بـ «كلما» عتق خمسة عشر، فيعتق يمين الواحد أربعة؛ لأن فيها أربعة آحاد، ويمين الاثنين أربعة؛ لأن فيها اثنين مرتين، ويمين الثلاثة ثلاثة، ويمين الأربع أربعة، وذلك خمسة عشر. وقال أبو حنيفة رحمه الله: يعتق ستة عشر، لأنه حسب «الثلاثة» مرة، فبقى الواحد، فحسبه في يمين الواحد مرة أخرى. وهو خطأ؛ لأنه قد حسب مرة في يمين الآحاد. ومن أصحاب من قال: يعتق سبعة عشر، وإنما زاد اثنين يمين الاثنين؛ لأنه زعم أن في الأربعة اثنين، ثلاث مرات؛ لأنه حسب الثاني والثالث مرة، وهذا خطأ؛ لأنه لو جاز هذا، لجاز أن يصير الثلاثة أيضاً مرتين، فإن الثاني والثالث والرابع، ثلاثة أخرى سوى الأول والثاني والثالث، ولا قائل بهذا.

الصيغة الثانية: التعليق بنفي التطليق. فإذا قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، لم تطلق في الحال، وكذلك إذا قال: «إن لم أضربك...» فإنه يتوقع ذلك في الاستقبال، ولا يقتضي الفور. ولو قال: «إذا لم أطلقك...» ومضى زمان يسير، يسع التطليق ولم يطلق: وقع الطلاق؛ لأن «إذا» ظرف زمان، ومعناه: أي وقت لا أطلقك فيه، فأنت طالق.

وقوله: «متى» و«متى ما» كقوله «إذا» في اقتضاء الفور. ومن الأصحاب من لم يتضح له الفرق، فجعل المسألتين على قولين. وهذا ضعيف؛ إذ الفرق ظاهر. نعم، لو قال: أردت بـ «إذا» ما يريد المريد بقوله: «إن» يدين، وهل يقبل ظاهراً؟ فيه وجهان.

التفريع: إذا قلنا: لا يقع في صيغة «إن» على الفور، فإنما يقع عند حصول اليأس بخلو العمر عن الضرب والتطليق. ولليأس ثلاث صور:

إحداها: موت أحد الزوجين. فإذا مات قبل الطلاق والضرب، تبين وقوع الصلح قبيل الموت. وكان يحتمل أن تبين وقوعه عند اللفظ، ولكن اللفظ مطلق يحتمل الأمرين، وتنزيله على إخلاء العمر محتمل، والأصل نفى الطلاق من غير يقين ما يوقعه، وإنما يتحقق عدم الضرب بانقضاء العمر ففيه يقع.

الصورة الثانية: طرأ الجنون على الزوج. وذلك لا يوجب اليأس لأنه ربما يفيق. فإن اتصل بالموت، تبين وقوع الطلاق قبيل الجنون، وإن كان يمكن أن يوقع قبل الموت؛ إذ به يتحقق اليأس، ولكن قبل الجنون يثبت اليأس إلا بانتظار الإفاقة، فإذا لم يقع الإفاقة، فالجنون كالموت في اليأس. وهذا في الطلاق، أما في الضرب فلا يأس؛ لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها، كضرب العاقل على الصحيح.

الصورة الثالثة: انفساخ النكاح. وذلك لا يوجب اليأس؛ لأنه ربما ينكحها فيطلقها، ولا يشترط النكاح الأول لتحقيق الصفة. فإن نكحها وطلقها، فقد تحققت الصفة. وإن لم يطلقها وكانت في نكاحه عند الموت، وقلنا بعود الحنث وقع الطلاق قبيل الموت. وإن لم نقل بعود الحنث أو لم تكن في نكاحه تبين وقوع الطلاق قبيل الفسخ. ولتفرض في الطلاق الرجعي حتى لا تقع في الدور، وتصور الجمع بينه وبين الفسخ.

الصيغة الثالثة: أن يقول: أن طلقك فأنت طالق، وأن لم أطلقك فأنت طالق، وقع في الحال؛ لأن «أن» للتعليل، معناه: أنت طالق لأن لم أطلقك، ويجوز في اللغة الفصيحة حذف اللام واستعمال «أن» فهو إذاً كقوله: أنت طالق لرضا فلان، فإنه يقع في الحال، ولو سخط. وهذا في حق من يعرف اللغة. ومن لا يعرف اللغة. فلا فرق في حقه بين «إن»^(١) و«أن».

الفصل الثالث في التعليق بالحمل والولادة

وفيه مسائل: الأولى: إذا قال لها: إن كنت حاملاً فأنت طالق. فلا يقع في الحال؛

(١) أما «إن» فليست للتعليل بل للشرط فقط فتدخل في أمر على خطر الوجود. أي لتعليق حصول مضمون جملة لحصول مضمون جملة أخرى أي من غير اعتبار ظرفية ونحوها كما في «إذا» و«متى» فتدخل في أمر على خطر الوجود أي متردد بين أن يكون وأن يكون، ولا تستعمل فيما هو قطعي الوجود أو قطعي الانتفاء إلا على تنزيلها منزلة للشكوك لكنه.
انظر: شرح التلويح على التوضيح لمعن التنقيح (١/٢٢٢ وما بعدها).

لأن الحمل لا يُعلم بيقين. فلو أتت بولد لأقل من ستة أشهر، تبين وقوعه عند اليمين، وإن كان لأكثر من أربع سنين، تبين أنه لم يقع. وإن كان بين المدتين: فإن كان يظوها فلا يقع، وإن امتنع عنها فقولان:

أحدهما: يقع؛ لأن النسب قد ثبت، فيدل على وجود الحمل. والثاني: لا؛ لأن لحوق النسب يكفي فيه الاحتمال، ولا يقع الطلاق بالاحتمال.

واختلفوا في أنه هل يحرم الوطء قبل تحقق الحال؟ فقيل: إنه لا يحرم بالشك، كمسألة «الغراب». وقيل: إنه يحرم؛ لأن استكشافه ممكن على قرب، وعلى هذا يجب الاستبراء بالخيض. ويتفرع عنه ثلاثة فروع:

أحدها: أنه هل يكفي في الحرة بقراء واحد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كالعدة. والثاني: نعم؛ لأن الغرض مجرد استدلال، وقد حصل.

الثاني: إذا استبرأها، ثم قال مرة أخرى قبل الوطء: إن كنت حاملاً فأنت طالق، فالظاهر، أنه لا يجب إعادة الاستبراء، وقيل: إنه يجب؛ لأن العدة الماضية، لا تؤثر، فكذلك هذا.

الثالث: إذا خاطب بذلك صغيرة، وهي في سن الحيض، فيستبرئها بشهر أو أشهر؟ وإن خاطب آيسة، فهل يكفي سن اليأس دلالة، أو لابد من الاستبراء؟ فيه وجهان.

المسألة الثانية: إذا قال: إن كنت حائلاً فأنت طالق، فهذه كذلك المسألة، ولكن حيث يحكم ثم بالوقوع فهانها يحكم بخلافه؛ لأن الشرط هو عدم الحمل، ويزيد هاهنا أن تحريم الوطء هاهنا أقرب؛ لأن الأصل الحيال. وأيضاً أثر الاستبراء ثم في نفس الطلاق، وهانها في الوقوع، وقد قطعوا بأنه إذا انقضى ثلاثة أقراء، يقع الطلاق. وفيه نظر؛ لأنه لا يفيد يقين البراءة، والشرط لابد من استيفائه؛ فإنه لو علق على الاستيقان، لم يقع بالاستبراء، والمطلق يقتضى الحمل على اليقين. وقد مال إليه الشيخ أبو محمد. ثم قال الأصحاب: إذا أوقعنا بعد الأقراء، فأنت بولد لدون ستة أشهر، تبين أنه لم يكن الطلاق واقعاً. ونقضنا ذلك الحكم قطعاً. وإن كان وطئها وطئاً يمكن الإحالة عليه، فتنقض ذلك الحكم وجهان.

المسألة الثالثة: في صبيغ التعليق بالحمل. فإذا قال: إن كنت حاملاً بذكر، فأنت طالق طلاقة، وإن كنت حاملاً بأنثى فأنت طالق طلقتين، فأنت بذكرين: وقعت طلاقة واحدة ولم نزد.

وإن أنت بذكر وأنثى، وقع الثلاث؛ لأنه حث في اليمين. وإن قال: إن كان حملك ذكراً فطلقة، وإن كان أنثى فطقتين، لم يقع شيء أصلاً، فإن لفظه يقتضى حصر الجنس. ولو أنت بذكرين؟ قال القاضي: تقع طلقة؛ لأن التنكير فى لفظه لتكثير الجنس. وقال الشيخ أبو محمد: لا يقع شيء؛ لأنه لتكثير الواحد، فلا يسمى ذلك ذكراً.

المسألة الرابعة: إذا قال: إن ولدت ولدًا، فأنت طالق، فأنت بولدين، طلقت بالأول، وانقضت عدتها بالثاني. فإن قال: كلما ولدت ولدًا، فأنت طالق، فهل يقع الطلاق بالولد الثاني، وبه تنقضى العدة؟ الجديد: أنه لا يقع، لأنه يصادف أول وقت البينونة، وللشافعي رضى الله عنه نص فى «الإملاء»: أنه يلحق الثانية. وليس له وجه، وتكلف القول توجيهه. فقال: لو قال للرجعية: «أنت طالق مع انقضاء العدة» فيتجه قولان، وزعم أنه يحتمل أن يقع مع الانقضاء، لا فى العدة، ولا فى البينونة، وشبه ذلك بما لو قال: أنت طالق بين الليل والنهار، فلا يقع، لا فى الليل، ولا فى النهار، بل يقع فى الآن الفاصل بينهما، والطلاق من جملة ما يقع دفعة فى الآن ولا يقع فى زمان. وهذا له وجه فى التحقيق؛ إذ فرق بين «الآن» وبين الزمان الذى ينقسم، ولكن فى مسألة الولادة غير منقذ؛ لأن مقتضى اللفظ أن يقع مع الولادة، والولادة تقارنها البينونة، والبينونة تضاد الطلاق، فالصحيح هو القول الجديد.

ولو قال: إن ولدت ولدًا، فأنت طالق واحدة، وإن ولدت ذكراً، فأنتين، فولدت غلامًا، طلقت ثلاثًا؛ لوجود الصفتين. ولو قال: «إن ولدت أنثى فواحدة، وإن ولدت ذكراً فأنتين، فولدت حثنى، لم يقع فى الحال إلا واحدة؛ لأنه المستيقن.

فرع: إذا قال، وله أربع نسوة حوامل: كلما ولدت واحدة، فصولبها طوالق، فولدت على التعاقب والتقارب، طلقن جميعاً. وأما الرابعة فتلاث؛ إذ ولدت قبلها ثلاث نسوة، وأما الثالثة، فتنتان؛ إذ ولد قبلها اثنتان، وانقضت عدتها بولادتها قبل ولادة الرابعة. أما الثانية، فواحدة؛ إذ طلقت بولادة الأولى، وانقضت عدتها بولادتها نفسها، فلم يلحقها طلاق بعده. وأما الأولى فتلاث طلاقات؛ لأنها بقيت فى العدة حتى ولدن جميع صواحبها بعدها.

الفصل الرابع: فى التعليق بالحيض

وفيه صور:

فلو قال: إن حضت حيضة فأنت طالق، فلا تطلق حتى ينقضى حيض تام.

ولو قال: إن حضت فأنت طالق، فإذا انقضى يوم وليلة، وقع الطلاق تبيناً في أول الحيض؛ إذ به تتحقق أنه ليس بدم فاسد، وفيه وجه مشهور ظاهر: أنه يقع في أول الحيض، ولذلك يحرم الوطء في أول الحيض بناء على الظاهر. ولكن القائل الأول قد يتوقف في التحريم. وهو بعيد. والفرق أظهر؛ إذ الطلاق لا يقع إلا بيقين، والتحريم يثبت بالظاهر.

ولو قال للحائض: إن حضت فأنت طالق، لم تطلق إلا بحیضة مستأنفة؛ فإنه للابتداء؛ إذ لا ابتداء في دوام الحيض.

ومهما قالت: حضت، فالقول قولها مع يمينها، بخلاف ما إذا علق على الدخول، فقالت: دخلت، فإنها تحتاج إلى البينة؛ لأن الحيض يعسر الاطلاع عليه من غيرها؛ إذ غاية غيرها أن تشاهد الدم، وذلك لا يعرف إذا لم تعرف عاداتها، وأدوارها، فعلمه دم فساد، وهو كقوله: إن أضمرت بغضى فأنت طالق، فقالت: أضمرت، فالقول قولها؛ لعسر الاطلاع، عليه. والظاهر أنها تصدق في الزنا، وفيه وجه. وفي الولادة وجهان. أما المودع، فإذا ادعى هلاكاً، فيصدق كان السبب خفياً أو جلياً ولا يطالب بالبينة؛ لأنه اتتمنه فلزمه تصديقه بخلاف الزوج.

ولو قال: إن حضت فضررتك طالق، فلا تصدق في حق الضررة؛ إذ لا تصدق إلا بيمين، ولا يتوجه عليها بيمين لضررتها.

ولو قال: إن حضمتا فأنتما طالقتان، فقالتا: حضنا، فصدق إحداهما، وكذب الأخرى؛ طلقت المكذبة دون المصدقة؛ لأن المكذبة ثبت حيضها بقولها في حقها، وثبت حيض صاحبته بتصديق الزوج، والمصدقة لم يثبت حيض صاحبته في حقها فإن صاحبته مكذبة وطلاق كل واحدة معلق على حيضهما جميعاً فلا يكفى حيض واحدة.

ولو قال لأربع نسوة: إن حضتن فأنتن طوالق، ثم صدقهن، طلقتن. وإن كذبهن فلا وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة دون المصدقات. وإن كذب اثنتين، لم تطلق واحدة؛ لأن حيض الواحدة من المكذبتين، لم يثبت في حق صاحبته.

ولو قال: أبتكن حاضت، فصواحيباتها طوالق، ثم قلن: حضنا، وصدقهن: طلقت كل واحدة ثلاثاً؛ لأن لكل واحدة ثلاث صواحب. وإن صدق واحدة، طلقت كل واحدة من صواحيباتها طلقة واحدة. وإن صدق اثنتين، طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقةً طلقةً؛ لأنه ليس لهما إلا صاحبة واحدة مصدقة.

الفصل الخامس فى التعليق بالمشيئة

فإذا قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت - فى الحال - وقع. وإن تأخر عن المجلس، لم يقع؛ لأن الخطاب يقتضى جواباً فى الحال؛ ولأنه كالتملك للمرأة. وينبنى على العلتين تردد فى أنه لو قال لأجنبى: زوجتى طالق إن شئت، أنه هل يقتضى الفور؟ أو قال: إن شاءت زوجتى فهى طالق؛ إذ لا خطاب. ولو قال: أنت طالق إن شئت وشاء أبوك، اختص مشيئتها بالمجلس، وهل تختص مشيئة أبيها؛ للاقتران بمشيئتهما؟ فيه خلاف.

ولو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شئت، فقال: «شئت»: لم يقع؛ لأنها علقت بالمشيئة، والمشيئة لا تقبل التعليق. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك واحدة، فشاء أبوها واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقع شيء، وكأنه استثناء عن أصل الطلاق.

والثانى: أنه يقع واحدة. ومعناه: إلا أن يشاء أبوك واحدة، فلا تطلق ثلاثاً، بل واحدة.

وهذا فى المطلق، أما إذا أراد الاحتمال الذى فيه الإيقاع: يقع، وإن قال: أردت الاحتمال الآخر، يُدين. وهل يُقبل ظاهراً على هذا الوجه؟ فيه وجهان.

ولو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت، وهى كارهة باطناً، نفذ الطلاق ظاهراً. وهل يقع باطناً؟ قال القفال: يقع؛ لأن هذا تعليق بلفظ المشيئة، ولو كان باطناً؛ لكان إذا علق بمشيئة زيد، لم يصدق زيد فى حقها. وقال أبو يعقوب الأيوبرى: لا يقع، كما لو علقت بالحيز وكذبت فى الإخبار وإليه مال القاضى. وهذا الخلاف يشير إلى تردد فيما لو أرادت باطناً، ولم تنطق ظاهراً.

ولو قال للصبية: إن شئت، فقالت: شئت، ففيه وجهان، من حيث إنه يوحد منها اللفظ، ولكن لا اعتماد على إرادتها الباطنة.

ولو قال ذلك لمجنونة، لم يقع طلاقها بقولها: شئت، قولاً واحداً؛ فإنه وإن علق باللفظ فلا بد من إعراب عن ضمير صحيح. والسكران يخرج على أنه كالصاحى أو المجنون؟.

ولو رجع الزوج قبل مشيئتها، لم يجز؛ لأن ظاهره تعليق وإن توهمنا فى ضمنه تمليكاً.

الفصل السادس في التعليق في مسائل الدور

فإذا قال لزوجته: «إن طلقتك، فأنت طالق قبله ثلاثاً» ثم طلقها: لم يقع عند ابن الحداد؛ لأنه لو وقع، لوقع الثلاث قبله، ولو وقع الثلاث قبله لما وقع هذا، ولو لم يقع هذا لما وقع الثلاث قبله؛ لأنه معلق به، فيؤدى إثباته إلى نفيه. وقال أبو زيد: يقع المنجز، ولا يقع المعلق أصلاً؛ لأنه علق تعليقاً محالاً. ومن أصحابنا من قال: يقع في المدخول بها الثلاث مهما نجز، واحدة بالتنجيز، واثنان بالتعليق؛ لأن التعليق إنما صار محالاً بقوله: «قبله» فيلغى قوله: «قبله» ويبقى الباقي، فكأنه قال: إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثاً. والمسألة ذات غور، وقد ذكرناه في كتاب «غاية الغور في دراية الدور» فيطلب منها.

ومن صور الدور أن يقول: إن طلقتك طلقة أملك بها الرجعة، فأنت طالق قبلها طلقتين. وكذلك إن قال: إن وطئت وطناً مباحاً، فأنت طالق قبله ثلاثاً، فإذا وطء، لم يقع. وأبو زيد لا يقدر على المخالفة في هذا؛ إذ اليمين الدائرة هي الباطل عنده، وهاهنا لم توجد اليمين الدائرة. وكذلك إن قال: إن أبنتك أو فسخت نكاحك، أو ظهرت منك أو راجعتك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، فعلى تصحيح الدور، تنحسم هذه التصرفات بالكلية.

القسم الثاني من التعليقات في فروع متفرقة نذكرها أرسالاً

وهي ثلاثة وعشرون:

الأول: إذا قال: إن حلفت بطلاقك، فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت فأنت طالق، طلقت في الحال؛ لأن التعليق بالدخول، حلف في الحال. ولو قال: إذا طلعت الشمس، لم يكن هذا حلفاً؛ لأن الحلف ما يتصور فيه منع واستحاث. أما إذا قال: إن طلعت الشمس، أو إذا دخلت الدار، فهل يكون هذا حلفاً؟ فيه وجهان، ينظر في أحدهما إلى صيغة التأقيت، وفي الأخرى إلى المعنى، واتباع المعنى أولى.

الثاني: إذا قال: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، ثم قالت: إن بدأتك بالكلام، فعبدى حر، ثم كلمها وكلمته، لم تطلق، ولم يعتق العبد؛ لأن الزوج خرج عن كونه مبتدئاً بقولها: إن بدأتك فعبدى حر، وهي خرجت عن البداية بكلامه.

الثالث: إذا قال: إن أكلت رمانة فأنت طالق، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة تامة. طلقت طلقتين؛ لأن النصف أيضاً موجود في الواحدة. ولو قال:

كلما أكلت نصفاً، فأنت طالق، طلقت ثلاثاً؛ لأن فيها نصفين.

الرابع: إذا قال: إن بشرتني بقدوم زيد فأنت طالق، فأخبره أجنبى، ثم أخبرته، لم تطلق؛ لأن البشارة هي الأولى. وإن قال: إن بشرتني فأنتما طالقتان، فبشرته على الترتيب، طلقت الأولى. وإن بشرته معاً طلقتا، وإن بشرت كاذبة، لم تطلق. وإن قال: إن أخبرتني بأن زيداً قدم..، فأخبرت كاذبة، طلقت؛ لأن الكذب خبر. ولو قال: إن أخبرتني بقدومه، فهل تطلق بالكذب؟ فيه وجهان، والأظهر التسوية.

الخامس: إذا قال: يا عمرة، فقالت حفصة: لبيك، فقال: أنت طالق ثم قال: حسبت بأن المحيبة عمرة. قال ابن الحداد: لا تطلق عمرة؛ لأنه لم يوجد في حقها إلا النداء، أما حفصة المخاطبة بالطلاق فهل تطلق؟ ذكروا وجهين: أحدهما: نعم؛ لأنه قال: أنت طالق. والثاني: لا؛ لأنه لم يقصد خطاب حفصة.

قال الإمام: لو قال: حفصة تطلق ظاهراً، وهل تطلق عمرة؟ على وجهين: لكان أقرب.

السادس: إذا قال العبد لزوجته: إن مات سيدى فأنت طالق طلقتين، فقال السيد للعبد: إن مت فأنت حر، فمات، قال ابن الحداد: تقع طلقتان، وله الرجعة؛ لأنه عتق قبل حصول التحريم بالطلقتين، بل مع الطلقتين. ومنهم من يخالف؛ لأنه لم يتقدم العتق على الطلقتين بل جرى معه.

السابع: إذا قال من نكح جارية أبيه: إذا مات أبى فأنت طالق، فمات، لم تطلق؛ لأن الملك ينتقل إليه بالموت، وينفسخ النكاح فيقارن الطلاق أول وقت الانفساخ فيندفع، ومن الأصحاب من قال: يقع؛ لأن الملك يترتب على الموت، والانفساخ على الملك، فيقارن الطلاق وقت الملك؛ لأنه أيضاً مرتب على الموت. والأول أغوص؛ لأن وقت الطلاق والملك والفسخ واحد؛ إذ المختار أن من اشترى قريبه، اندفع ملكه بالعتق، لا أنه حصل ثم انقطع، وهو اختيار أبى إسحاق المروزي.

الثامن: إذا قال: أنت طالق يوم يقدم فلان، فقدم ضحوة، طلقت في الحال على وجه، وقيل: إنه يتبين وقوع الطلاق أول اليوم، وينبنى عليه حكم الميراث لو قدم وقت الظهر ومات الزوج ضحوة. ولو قدم ليلاً لم يطلق. وقيل: تطلق، واليوم كناية عن الوقت.

التاسع: لو قال: أنت طالق أكثر الطلاق، وقع الثلاث، ولو قال: أعظم الطلاق، لم

يقع إلا واحدة؛ لأنه لا ينبيء عن العدد. ولو قال: ملء العالم، وملء الأرض، لم تقع إلا واحدة. ولو قال: مثل البيوت الثلاثة، أو ملء السموات، وقع الثلاث.

العاشر: لو قال: أنت طالق هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث وقع الثلاث، وصلاح إشارة لتعريف العدد فإنه كتفسير. ولو أشار بالأصبع، ولم يقل: هكذا: لم تقع إلا واحدة.

الحادي عشر: إذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار، إن كلمت زيدًا ولم يدخل فيه «واو العطف» فهذا هو تعليق ومعناه: إن كلمت زيدًا صار طلاقك معلقًا بالدخول، وهو كقوله لعبدته: إن كلمت زيدًا فأنت مدبر^(١).

الثاني عشر: إذا قال: أربعين طوالت إلا فلانة. قال القاضي: لا يصح هذا الاستثناء؛ لأنه صرح بالأربع، وأوقع عليهن. ولو قال: أربعين إلا فلانة طوالت، قال: يصح الاستثناء. والمسألة محتمة؛ إذ ليس يلوح الفرق بين عدد المطلقات وبين عدد الطلقات، ولا بين التقديم والتأخير، ويلزمه أن يقول: لو قال: لفلان أربعة أعبد إلا واحدًا، يلزمه الثلاثة. ولا شك في أنه لو قال: لفلان هؤلاء الأعبد الأربع إلا هذا لم يصح الاستثناء؛ لأن الاستثناء في المعين لا يعتاد، ويتأيد بذلك كلام القاضي.

الثالث عشر: إذا قال من يلتمس من غيره أن يطلق زوجته: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم، فإن نوى وقع الطلاق. وإن لم ينو فقولان: أحدهما: لا؛ لأن قوله: نعم، ليس فيه لفظ الطلاق، فكيف يصير صريحًا. والثاني: أن الخطاب كالمعاد في الجواب.

أما إذا كان في معرض الاستخبار، فقوله: نعم، صريح في الإقرار. ولو قالت المرأة: طلاق ده مرا فقال: دادم، قال الأصحاب: لا يقع شيء؛ لأن هذه اللفظة لا تصلح للإيقاع. وقال القاضي: يقع؛ لأن المبتدأ يصير معادًا في الجواب، وهو مذهب أبي يوسف.

ولو قال الدلال لمالك المتاع: أبعث؟ فقال: نعم، لم يصلح هذا أن يكون إيجابًا. وقال: بعت، لم يصلح أيضًا أن يكون خطابًا للمشتري؛ فإنه خطاب مع الدلال. ولو قيل له: ألك زوجة؟ فقال: لا؛ قال المحققون: هذا كناية في الإقرار. وقال القاضي: هو صريح في الإقرار. ثم إن كان كاذبًا لم تطلق زوجته في الباطن.

الرابع عشر: لو قال: «إن لم تذكرى عدد الجوزات التي في البيت، فأنت طالق،

(١) أي فأنت حر بعد موتي، لأنه خلق عتقه بموت سيده، وقد سبق بيان معنى [مدبر] على هذا المعنى.

فطريقها أن تذكر كل عدد يحتمل أن يكون، فلا يزال يجري على لسانها الواحد بعد الآخر.

ولو قال: إن لم تعرفيني عدد الجوزات، لا يكفيها ذلك فإن التعريف لا يحصل بذلك. وقيل: إنه يكفيها. وهو بعيد. ولو قال: إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نوى ما أكلت وقد اختلطت النوى فأنت طالق، فسيبيلها أن تبعد النوى بحيث لا يتماس اشتتان، فيكون قد حصل التمييز، هكذا قاله الأصحاب، وفيه نظر؛ لأنه لا يظهر إطلاق التمييز المفرق، ولكن إذا لم يكن له نية، اتبعوا مجرد وضع اللغة.

ولو كان في فيها ثمرة، فقال: أنت طالق إن بلغتني، أو قذفتني، أو أمسكتني، فطريقها أن تأكل النصف، وتقذف النصف، وهذا بين.

ولو قال وهي على سلم: أنت طالق إن مكنت، أو صعدت، أو نزلت، فطريقها أن تطفئ طفرة، أو تحمل، أو يوضع بحنبها سلم، فتنتقل إليه. ولو قال: إن أكلت هذه الرمانة فأنت طالق، فلنأكلها إلا حبة. ولو حلف على رغيف، فلنأكل إلا الفتات.

والضابط في هذا الجنس: أن تنظر إلى العرف واللغة جميعاً، فإن تطابقا فذاك، وإن اختلفا فميل الأصحاب إلى اللفظ، وميل الإمام رحمه الله إلى أن اتباع العرف أولى.

الخامس عشر: إذا شافهته بما يكره، من شتمة وسب، فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، فإن قصد المكافأة، أي: إن كنت كذلك فأنت طالق، طلقت في الحال، كانت تلك الصفة موجودة أو لم تكن. فإن قصد التعليق، فطلب وجود تلك الصفة وعدمها: بالرجوع إلى العرف. فإن أطلق وقد ظهر في العرف ذكر ذلك للمكافأة احتمل وجهين؛ لأن اللفظ بالوضع للتعليق، وبالعرف للمكافأة. ولعل اتباع اللفظ أولى؛ فإنه الأصل الموضوع، والعرف يختلف ويضطرب. وقد وقع في الفتاوى أن امرأة قالت لزوجها: يا جهود روى. فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، فطلب المفتون تحقيق هذه الصيغة. فقيل: إنه يحمل على صفار الوجه، وقيل: هو ذلة وخساسة. وقال الإمام: هذه الصفة لا تتصور في المسلم، فلا يقع الطلاق. وهذا فيه نظر؛ لأن الخيال قد يتصور وصفاً لا محالة حتى يصف به المسلم، فتارة يصدق وتارة يكذب. ووقع أيضاً أن قال رجل لزوج ابنته في مخاصمته: كم تحرك لحيتك؟ فقد رأيت مثل هذه اللحية كثيراً. فقال: إن رأيت مثل هذه اللحية كثيراً فابتنك طالق، وقد قصد التعليق، فقلت: لا شك أن اللحية ليست من ذوات الأمثال إن نظر إلى شكلها، ولونها، وعدد شعورها، وذلك هو المثل المحقق. ولكن ذكر اللحية في مثل هذا الموضوع، كناية عن الرجولية والجاه،

وذلك مما يكثر أمثاله؛ فبالحرى أن نميل هاهنا إلى العرف ونوقع الطلاق، وليس يبعد أيضا الميل إلى موجب اللفظ ونفى الطلاق.

السادس عشر: إذا قال: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم، ولم يطلقها حتى انقضى اليوم. قال ابن سريج: لا يقع؛ لأنه عند تحقق الصفة فات وقت الطلاق. وهذا يرد عليه قوله: إن لم أطلقك فأنت طالق، فإننا نتبين عند موته وقوع الطلاق في آخر العمر، والعمر في هذا المعنى، كالיום؛ إذ فيه يتحقق الطلاق والصفة جميعاً، ولا فرق بين المسألتين.

السابع عشر: إذا قال: أنت طالق بمكة، وأراد التعليق بدخولها: جاز. وإن أطلق، حمل على التعليق على وجه. وحكم بالتنجيز على وجه؛ إذ ليس فيه أداة التعليق.

الثامن عشر: لو قال: إن خالفت أمرى فأنت طالق، ثم قال: «لا تكلمى زيداً» فكلمت، قالوا: لا يقع؛ لأنها خالفت النهى دون الأمر. ولو قال: «إن خالفت نهى...» ثم قال: قومي، فقعدت قالوا: وقع؛ لأن الأمر بالشئ نهى عن أضداده، فكأنه قال: لا تقعدى، فقعدت. وهذا فاسد؛ إذ ليس الأمر بالشئ نهياً عن ضده فيما تختاره، وإن كان، فاليمين لا يبنى عليه، بل على اللغة أو العرف. نعم، فى المسألة الأولى نظر من حيث العرف.

التاسع عشر: إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: نجذرت تلك الطلقة المعلقة، ثم دخلت الدار ففى الوقوع وجهان، حاصله يرجع إلى أن المعلقة، هل يمكن تعجيلها بعينها؟.

العشرون: إذا قال: أنت طالق إلى حين أو زمان، فإذا مضى لحظة، طلقت؛ فإن اللحظة «حين» و«زمان». ولو قال: «إذا مضى حقب فأنت طالق» أو «عصر». قال الأصحاب: يقع بمضى لحظة، وهذا بعيد. وتوقف أبو حنيفة رحمه الله فى هذه المسألة، وهو محل التوقف، ولكن إيقاعه بلحظة لا وجه له.

ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، قال صاحب «التقريب»: لا يقع غداً؛ لتصرم اليوم، ولا اليوم؛ لعدم مجئ الغد. قال الإمام: يحتمل أن يقال: إذا جاء الغد تتبين وقوع الطلاق كما إذا قال: إذا مات فلان فأنت طالق قبله.

الحادى والعشرون: قال الشافعى رضى الله عنه: إذا قال: إن قدم فلان فأنت طالق، فقدم به ميتاً: لم تطلق. وهذا يلتفت على أن الصفة إذا حصلت بالإكراه أو مع

النسيان، فهل يحصل الحنث؟ فيه قولان، واختار القفال أن اليمين بالله يؤثر فيه النسيان والإكراه دون الطلاق؛ لأن ذلك تعليق بهتك حرمة، وهذا يتعلق بوجود الصورة. ولا خلاف في أنه لو قصد منعها عن المخالفة، وعلق على فعلها، فنسيت: لا تطلق. وإن أكرهت، فيحتمل الخلاف؛ لأنها مختارة. وأما مسألة القدوم على كل حال، فهو كما قال الشافعي رضي الله عنه؛ لأن الموت ينافي القدوم.

ولو قال: إن رأيت فلانا فأنت طالق، فرأته ميتا، وقع الطلاق. ولو رأته في ماء يحكي لونه: وقع. وإن رأته في المرأة ففيه احتمال. ولو قال ذلك لامرأته العمياء، فالظاهر أنها لا تطلق بمجالسته، ولو قال: إن مسسته، طلقت بحسه حيا وميتا، ولا تطلق بالمس على حائل، ولا بمس الشعر والظفر وإذا علق بالضرب لم يحنث بضربه ميتا، ولا يحنث بضرب الحي بأثملته؛ حيث لا إيلاام فيه أصلا. ولو قال: إن قذفت فلانا، حنث بقذفه ميتا، ولو قال: إن قذفت في المسجد، معناه: كون القاذف في المسجد، ولو قال: إن قتلت في المسجد فمعناه كون المقتول في المسجد.

الثاني والعشرون: إذا قال: إن كلمت فلانا فأنت طالق، فكلمته، ولكن لم يسمع لعارض لغط وذهول؟ قال الأصحاب: طلقت. ولو كان المكلم أصم، فلم يسمع، ففيه وجهان. ولا خلاف أنه لو كلمته بهمس بحيث لا يسمع: لا يكون كلاما، نعم، لو كان وجهها إلى المتكلم، وعلم أنها تكلمه، وكان بحيث لو فرضت الإصاحبة لسمعها، فينبغي أن يقع الطلاق.

ولو كلمته على مسافة بعيدة، لا يحصل الاستماع بمثله: لم يحنث. فلو حمل الريح الصوت، فالظاهر أنه لا يحنث. ولو كلمته في جنونها، فذلك كالنسيان والإكراه.

الثالث والعشرون: إذا قال: إذا رأيت الهلال فأنت طالق، طلقت برؤية غيرهما، ولو فسر بالعيان، فهل يقبل ظاهرا؟ فيه وجهان. قال القفال: هذا في اللغة العربية؛ إذ الرؤية يراد به العلم، أما في الفارسية فلا. وفيه نظر، إذ يقال بالفارسية: «رأينا الهلال بيلدة كذا» ولا يراد به العيان.

ولنتصر على هذه الفروع، فإن هذا الجنس لا يتناهى، إنما ذكرنا هذا القدر ليحصل التنبيه بحسن التصرف في تحقيق الصفات، والله أعلم.

كتاب الرجعة^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركان الرجعة وأحكامها

وفيه فصلان:

الفصل الأول في الأركان

وهي ثلاثة: المرتجع، والمرأة، والصيغة.

الأول: المرتجع. ولا يشترط فيه إلا أهلية الاستحلال والعقد، كما في أهلية النكاح، وقد سبق.

الركن الثاني: الصيغة. فنقول: كل من طلق زوجته طلاقا مستعقبا للعدة، ولم يكن بعوض، ولم يستوف عدد الطلاق: ثبت له الرجعة، بنص قوله تعالى: ﴿ويعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] وبنص قول النبي ﷺ: «مره فليراجعها»^(٢) في حديث ابن عمر، وإجماع الأمة.

وصريح صيغة الرجعة بالاتفاق ثلاثة: قوله: «رجعت» و«راجعت» و«ارتجعت». وترددوا في ثلاثة ألفاظ:

أحدها: قوله: «رددت» أخذنا من قوله تعالى: ﴿ويعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾ فمنهم من قال: هو صريح؛ لورود القرآن به. ومنهم من قال: لا؛ لأنه لا يتكرر.

ثم إذا جعلناه صريحا، فالظاهر أنه لا بد من صلة، وهو أن يقول: «رددتها إلي» أو «إلى النكاح»؛ لأنه من غير صلة يشعر بالرد المضاد للقبول. وأما قوله: راجعت وارتجعت، فلا يحتاج إلى الصلة وكذلك قوله: رجعت؛ لأنه يستعمل لازما ومتعديا.

الثاني: لفظ «الإمساك». وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه صريح؛ لقوله تعالى: ﴿فامسكوهن﴾ [الطلاق: ٢]. والثاني: أنه كناية؛ لأنه لا يتكرر. والثالث: أنه ليس

(١) [الرَّجْعَةُ]: عود المطلق إلى مطلقته.

[الرَّجْعِيُّ]: نسبة إلى الرجعة. والطلاق الرجعي: ما يجوز معه للزوج رد زوجته إلى عصمته من

غير استئناف عقد، انظر: المعجم الوسيط (٣٣١/١).

(٢) سبق تخريج الحديث؛ وراجع تحقيقه لما فيه من أهمية.

بكناية أيضاً؛ لأنه يشعر بالاستصحاب، لا بالاستدراك.

الثالث: لفظ «التزويج» و«الإنكاح». وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه صريح؛ لأنه صلح لأجل العقد والحل، فبأن يصلح للدوام أولى. والثاني: لا؛ لأنه لم يرد القرآن به في الرجعة، وهو مأخذ الصريح؛ فهو كناية. والثالث: أنه ليس بكناية أيضاً؛ لأنه لا يشعر به.

فإن قيل: وهل تنحصر صرائح الرجعة بالتعبد، كالطلاق والنكاح؟ أم لا تنحصر، حتى تحصل بما يدل على المقصود، كقوله: رفعت التحريم العارض بالطلاق، وأعدت الحل الكامل، وما يجرى مجراه؟ قلنا: حكم العراقيون بالانحصار، وزعموا أن الخلاف في لفظ «الإمساك» و«الرد»، كالاختلاف في لفظ «المفاداة» في الطلاق والخلاف في لفظ «التزويج» من حيث الأولى، وإلا فإذا كان الطلاق لا يقع بقوله: قطعت النكاح، ورفعته، واستأصلته من غير نية الطلاق فلا تحصل الرجعة أيضاً بقوله: رفعت التحريم، بل أولى؛ لأن الرجعة احتلاب حل، فهو بالتعبد أخرى. وميل الشيخ أبي على إلى أنه لا تنحصر صرائحه، بخلاف «الطلاق» ووجهه أن «الرجعة» حكم ينبيء عنه لفظ من حيث اللسان، فيقوم مقامه ما يؤدي معناه. وأما «النكاح» و«الطلاق» فأحكامهما غريبة ليس في اللغة ما يدل عليهما؛ لأن للشرع فيه موضوعات غريبة فلا تؤخذ صرائحهما إلا من الشرع.

فإن قيل: هل تنطرق الكناية إلى الرجعة؟ قلنا: الصحيح الجديد أن الإشهاد لا يشترط في الرجعة، وأن الزوج يستقل به، فتطرق إليه الكناية، بخلاف «النكاح». وإن قلنا: يشترط الإشهاد، فالشاهد لا يطلع على النية، فيحتمل أن يقال: لا بد من الصريح، ويحتمل خلافه أيضاً؛ لأن القرينة قد تفهم.

فرع: فإن قال: مهما طلقته فقد راجعتك فطلقها: لم تحصل الرجعة. ولو قال مهما راجعتك، فقد طلقته، فراجعها: حصل الطلاق؛ لأن الرجعة في حكم الخيار، فلا تقبل التعليق، وإن كان يستقل به.

واعلم أن الفعل، لا يقوم مقام اللفظ في الرجعة عند الشافعي رضي الله عنه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: تحصل الرجعة بالوطء، وبالمس، وبالنظر إلى الفرج بالشهوة. وقال مالك رحمه الله: إن قصد بالوطء الرجعة حصل، وإلا فلا.

الركن الثالث: المحل. وهي المرأة، وشرطها أمران: أن تكون معتدة. وأن تكون محلاً للاستحلال.

الشرط الأول: أن لا تحرم بردتها، فإذا ارتدت فراجعها، ثم عادت إلى الإسلام، فقد نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا بد من استئناف الرجعة؛ لأن المقصود الحل، والمحل غير قابل. وقال المزني رحمه الله: «تبين بعودها صحة إذ تبين به بقاء النكاح» ويشهد لمذهبه، أن الظاهر أن إحرامها وإحرامه، لا يمنع الرجعة بخلاف ابتداء النكاح، إلا أننا نقول: الإحرام عارض متظفر الزوال، كالصوم والحيض، بخلاف الردة.

الشرط الثاني: بقاء العدة. ومهما انقضت العدة قبل الرجعة، انقطعت. وإذا رأينا الخلوة موجبة للعدة على المذهب الضعيف، ثبتت الرجعة في عدتها، وفيه وجه ضعيف؛ أنه لا تثبت. نعم، إذا أثبتنا العدة بالإتيان في غير المأثي، ففي الرجعة وجهان؛ لأن إيجاب العدة به نوع تغليظ.

ثم انقضاء العدة يختلف باختلاف أنواع العدة، وهي ثلاثة:

الأول: الحمل، وتنقضي العدة بوضع الولد، حيا وميتا، وناقصا وكاملا، إن كانت الصورة والتخطيط قد ظهر عليه. فإن كان قطعة لحم، ففي انقضاء العدة به قولان. والقول قول المرأة إذا ادعت الوضع، على أظهر الوجهين. وقال أبو إسحاق المروزي: يلزمها البينة؛ لأن القوابل يشهدن الولادة، وربما صدقها في إجهاض السقط الناقص؛ إذ القوابل لا يشهدن.

ثم نحن إذا صدقناها، فإنما نصدق في مظنة الإمكان. وإمكان الولد الكامل، بعد ستة أشهر من وقت إمكان الوطاء. وإمكان الصورة بعد مائة وعشرين يوماً. وإمكان قطعة لحم بعد ثمانين يوماً وذلك لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «بدء خلق أحدكم في بطن أمه، أربعون يوماً نطفة، وأربعون يوماً علقة، وأربعون يوماً مضغة، ثم يبعث إليه ملك فينفخ فيه الروح، ويكتب أجله، ورزقه، ويكتب أشقى هو أم سعيد»^(١).

النوع الثاني: العدة بالأشهر. وذلك لا يتصور فيه نزاع. فإن فرض نزاع، فيرجع إلى وقت الطلاق، ويكون القول فيه قول الرجل.

النوع الثالث: الحيض. فإن طلقها في الطهر، فأقل مدة تصدق فيها، اثنان وثلاثون

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٦١/٤)، ١٦٥/٩، ح ٧٤٥٤، مسلم (القدس)، أبو داود (المسة ب ١٦)، عبد الرزاق (٢٠٠٩٣)، أبو نعيم (٣٦٥/٢، ٣٨٧/٨، ١٧٠/١٠)، ابن كثير في تفسيره (٤١٩/١)، ٣٥٧/٤، ٣٩١/٥، ابن حجر في تلخيص الحبير (١١٥/٢)، الخطيب في تاريخ بغداد (٦٠/٩)، ابن عساكر في تهذيب تاريخ دمشق (٣٤٩/٤)، وللحديث ألفاظ أخر هذا أصحها عن ابن عباس رضي الله عنهما.

يوماً وساعتان؛ لأننا نقدر كأن لم يبق من الظهر إلا ساعة، فيحصل قرء بتلك الساعة. وإن قلنا: مجرد الانتقال قرء، فلا تعتبر هذه الساعة. ونقدر اقتران الطلاق بآخر جزء من الظهر، وأما ثلاثون يوماً، فلظهرين آخرين؛ لأن أقل مدة الظهر، خمسة عشر يوماً ويومان وليلتان مجيئتين، والساعة الثانية للشروع في الحيض حتى تنبئ تمام القرء لا من نفس العدة.

وإن طلقها في الحيض، لم تحسب بقية الحيض، فلنقدر أنه وقع في آخر جزء، فأقل ما تحتاج إليه ثلاثة أطهار، وهي خمسة وأربعون يوماً، وحيضتان، وهي في يومين وليلتين، ولا بد من ساعتين كما سبق، وجملته سبعة وأربعون يوماً ولحظتان.

وإن طلقها، وهي صبية لم تحض بعد، وادعت الحيض، فأقل مدتها اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان إلا إذا قلنا: إن القرء هو طهر محتوش بدمين، فتكون أقل مدتها، ثمانية وأربعين يوماً ولحظتين؛ إذ لا بد من ثلاث حيض، وثلاثة أطهار.

هذا كله في المضطربة العادة، أو المستقيمة على الأقل. فإن كانت لها عادة مستقيمة على غير الأقل، فهل تصدق فيما ينقص من عاداتها؟ فيه وجهان، والظاهر أنه يقبل؛ لأن تغير العادة ممكن، وهي مؤمنة على ما في رحمها.

فروع: إذا وطئها قبل الرجعة، لزمها استئناف عدة، وتندرج بقية العدة تحته. فإن كان قد بقى قرء واحد، فله الرجعة إلى تمام ذلك القرء. وإن أحبلها بالوطء، ففى اندراج بقية العدة تحت عدة الحمل خلاف. فإذا أدرجنا، امتدت الرجعة إلى وضع الحمل. وإن لم تندرج شرعت في عدة الحمل؛ إذ لم يقبل ذلك تأخيراً. فإذا وضعت الحمل، شرعت في عدة الرجعة ببقيّة الأقرء، وثبت فيه الرجعة. وهل ثبت في مدة الحمل؟ فيه وجهان.

الفصل الثاني: في أحكام الرجعة

وهي مترددة بين المنكوحة والباطنة؛ لأن الطلاق أوجب خللاً في الملك، ولم يوجب زواله. فلاحتلاله قلنا: إنه يحرم وطؤها، وقال الشافعي رضي الله عنه: «يلزمه المهر بالوطء، راجعها أو لم يراجعها». ونص في المرتدة إذا وطئها، ثم عادت إلى الإسلام أنه لا مهر. فقيل: قولان بالنقل والتخريج. والفرق مشكل، وغايته أن الرجعة في حكم ابتداء أو استدراك؟، وعودها إلى الإسلام، يعيد الحل السابق وليس في حكم الابتداء.

والصحيح أنه لا يجب الحد وإن وجب المهر؛ لأن الملك بالكلية لم يزل. وشبب بعض

الأصحاب بخلاف فيه، وعلى الجملة يحرم الوطء. وقطع الشافعي رضى الله عنه بوجوب المهر، يدل على اختلال أصل الملك إن لم يدل على زواله. ويدل على بقاء أصل الملك صحة الطلاق، وصحة الخلع، والظهار، والإيلاء، واللعان، وجريان الميراث، ولزوم النفقة، وفي الخلع قول قديم: أنه لا يصح.

ولو قال: زوجاتي طوالق، اندرجت الرجعية تحته، وطلقت على الأصح؛ لأنها زوجه فى خمس أى من كتاب الله تعالى. هذا لفظ الشافعي رضى الله عنه، وأراد به آية الإيلاء، والظهار، وغيرهما.

ولا خلاف فى أنه لو اشترى زوجته الرجعية، لزمه الاستبراء؛ لأنها كانت محرمة. وإن استبرأها فى صلب النكاح، فلا استبراء على الأظهر. وقيل: إنه يجب؛ لتبدل جهة الحل. وقد قال بعض الأصحاب: تردد قول الشافعي رضى الله عنه فى الخلع، يدل على اختلاف قول الشافعي رضى الله عنه فى أن الملك زائل أم لا؟ وقول بعض الأصحاب: إنه إن راجع بعد الوطء فلا مهر. وإن لم يراجع، يجب المهر: يدل على أن الملك موقوف. فتحصل فى زوال الملك ثلاثة أقوال.

الباب الثانى فى النزاع

وله صور:

الأولى: أن يتفقا على انقضاء العدة يوم الجمعة، لكن الزوج قال: راجعت يوم الخميس وقالت: بل يوم السبت، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الذى ذكره المرازمة من عند آخرهم وهو القياس أن القول قولها؛ لأنها إذا اتفقا على الطلاق وانقضاء العدة، فالأصل انقطاع النكاح، والزوج يريد دفعه بدعوى الرجعة فعليه الإثبات.

والوجه الثانى: ذكره العراقيون أن القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح، والرجعة إلى الزوج، وليس لها إلا فى انقضاء صورة الأقراء، والزوج ينكر بقاء العدة بعد يوم الخميس، إذ الرجعة تقطع العدة. ويحققه: أن الزوج لو ادعى الوطء فى مدة العنة يصدق، مع أن الأصل عدمه؛ لتقرير النكاح، فهذا أولى.

والثالث: ذكره صاحب «التقريب» أن المصدق هو السابق إلى الدعوى، فإذا سبقت بدعوى الانقضاء، فقد حكم الشرع بقولها بالتحريم، فلا يرتفع بدعواه من غير بينة، وكذلك إذا سبق الزوج. فعلى هذا، إن تساوقا، رجع الوجهان؛ لأنه زال المرجح له.

الصورة الثانية: ألا يقع التعرض لوقت العدة والرجعة، ولكن اتفقا على جريان الأمرين، واختلفا في التقدم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه المصدق؛ لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني: أنها المصدقة؛ لأنها مؤتمنة على ما في رحمها، عاجزة عن الإشهاد، والزوج قادر على الإشهاد على الرجعة.

الصورة الثالثة: أن يقع الوفاق على أن الرجعة جرت يوم الجمعة، ولكن قالت: كانت العدة قد انتقضت يوم الخميس. وقال الزوج: بل يوم السبت. فهذا كصورة الأولى، فترجع الوجه الثلاثة.

الصورة الرابعة: أن يقع الوفاق على وقت انقضاء العدة، ويدعى الزوج رجعة قبلها، وأنكرت أصل الرجعة. قال صاحب «التقريب»: هي المصدقة بلا خلاف. والأظهر جريان الأوجه؛ إذ لم تفارق هذه الصورة ما قبلها، إلا أنها أنكرت لفظ الرجعة، وهناك إنما أقرت بلفظ الرجعة، لا بحقيقة الرجعة.

الصورة الخامسة: النزاع مع قيام العدة. فإذا قال: راجعتك أمس. فسأنكرت، فالقول قوله؛ لأنه قادر على الإنشاء، فيقبل قوله؛ كقول الوكيل قبل العزل. وقيل: الأصل عدم الرجعة، فالقول قولها، فإن أراد الإنشاء فلينشئ. والصحيح: أن إخباره لا يجعل إنشاء، وحكى عن القفال: أنه إنشاء، وهو بعيد؛ لأن الشافعي رضى الله عنه قال: إن من أقر بالطلاق كاذباً لم يكن إنشاء.

فروع: إذا أنكرت الرجعة، ثم أقرت. قال الشافعي رضى الله عنه: لم تمنع عنه؛ فهو كمن أقر بحق بعد الجحود. وهذا فيه إشكال؛ لأنها أقرت بالتحريم على نفسها، ثم رجعت. ولو أقرت بتحريم رضاع، أو نسب، لم تمكن من الرجوع. ولكن الفرق أن الرجعة تصح دونها، فلعلها أنكرت إذ لم تعرف، ولا تقر بالرضاع والنسب - وهو إثبات - إلا على بصيرة. نعم، من قال: ما أتلف فلان مالى، ثم رجع إلى الدعوى، لم يمكن؛ لأنه أقر على نفسه. وهاهنا جحدت حق الزوج. فإذا توافقا لم يبطل حق الزوج. ولو قالت: ما رضيت فى النكاح ثم رجعت، فهذا محتمل؛ لأنها تحقق رضا نفسها، ولذلك تحلف على البت، ولكنها جحدت حق الزوج، فالأظهر أنه يغلب جانب الزوج وتمكن المرأة من الرجوع.

كتاب الإيلاء^(١)

وفيه بابان: أحدهما: في أركانه. الثاني: في أحكامه.

الباب الأول في أركانه

وصورته أن يقول لزوجته: والله، لا أجامعك. ولقد كان هذا طلاقاً في الجاهلية، ثم غيّر الشرع حكمه، وقضى بأن الزوج بعد مضي أربعة أشهر، يُجبر على الوطء أو الطلاق.

والإيلاء في اللغة مشتق من «الألية» وهي الحليف، ولكن عرف الشرع خصصه باليمين المعقودة على الامتناع من وطء المنكوحة.

وأركانه أربعة: الخالف، والمحلف به، والمحلف عليه، والمدة المحلوف فيها.

الركن الأول الخالف

وهو كل زوج يُتَصَوَّر منه الجماع. فقولنا: زوج يشمل أصناف الأزواج، من المسلم، والكافر، والحر، والعبد. وأبو حنيفة، رحمه الله، وإن خالف في ظاهر الذمي، فقد وافق في صحة إيلاء الذمي.

(١) الإيلاء لغة، بالمد: الحلف، وهو مصدر، يقال: آل عدة بعد الهزمة، يؤلى إيلاءً، وتألّى، وتألّى، والألية، بوزن فعلية: اليمين، وجمعها ألياء: بوزن خطايا، قال الشاعر:

قليل الألياء حافض ليمينه وإن سبقت فيه الألية بُرت
واصطلاحاً عند الشافعية: هو حلف زوج طلاقه: ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر؛ لأن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك، لأنها تصير عن الزوج أربعة أشهر، وبعد ذلك يفنى صبرها أو يقل.

روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:
تطاول هذا الليل واسود جانبيه وأرقتني أن لا حليل لأعبه
فوالله لسولا الله تخشى عواقبه لحرك من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والمحياء يصدنني وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه
فقال عمر لابنته حفصة: كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروى أنه سأل النساء، فقلن له:
تصبر شهرين، وفي الثالث يقل صبرها، وفي آخر الرابع يتفد صبرها. فكتب إلى أمراء الأجداد ألا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر. وقولها: «من هذا السرير» أرادت نفسها، لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

انظر: الصحاح (٢٢٧/٦)، لسان العرب (١١٧/١)، المصباح المنير (٣٥١/١)، المغرب (٢٨)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٦١/٢)، مغنى المحتاج (٣٤٣/٣)، تحفة المحتاج (١٨٨/٨).

ثم إذا رفع النمي إلينا، حكمنا عليه بحكم الإسلام حتى في إيجاب الكفارة. ويخرج عن الضابط قول الرجل لأجنبية: والله لا أجامعك أبداً، فإنه إذا نكحها لم يكن مؤثماً وإن كان الضرر حاصلًا، ولكن الإيلاء كان طلاقاً وتصرفاً في النكاح، فغير حكمه دون أصله؛ فلا يصح من الأجنبي، وليس كل ضرر يدفع، وإنما المدفوع إضرار من الزوج في حالة الزوجية. وقد ذكر صاحب «التقريب» وجهًا غريبًا أن هذا إيلاءٌ. ولا يتجه إلا على قول غريب حكاه أيضًا في تعليق الطلاق بالملك على موافقة أبي حنيفة، رحمه الله، وهو غير صحيح.

وأما الإيلاء عن الرجعية فصحيح، وإنما يفيد إذا رجعها؛ لأن العائد هو حلُّ النكاح الأول، فهي في حكم الزوجات.

وأما قولنا: يُتصور منه الجماع: فيدخل فيه المريض المدنف^(١)، والخصي، والمحبوب بعض ذكره، فيصح إيلاء جميعهم؛ لا مكان الوطء منهم على حال. فأما الذي حُبَّ تمام ذكره، فقد اختلف فيه النصوص، وللأصحاب فيه طرق. ومنهم من قال: قولان، ووجه صحته: أنه إضرار باللسان، فيمكنه الفيتة باللسان، والاعتذار بالعجز، كما في المريض. ومنهم من قطع بالبطلان، وقال: القولان فيه إذا حلف، ثم حُبَّ.

ومنهم من قطع القول بأنه، وإن حُبَّ بعد الحلف، أنه يبطل الإيلاء؛ لأنه أيضًا حصل اليأس من الحنث، فهو كما لو قال: إن وطئتك فعبدي حرًّا، فمات العبد، فإنه يبطل الإيلاء؛ لحصول اليأس.

ثم إيلاء الارتقاء والقرناء، كإيلاء المحبوب فيخرج على الخلاف.

الركن الثاني المحلوف به

والنظر فيه في ستة أقسام:

القسم الأول: الحلف بالله أو بصفة من صفاته، وهي الأصل، وفيه مسألتان:

إحدهما: أنه لو وطء، هل تلزمه كفارة اليمين؟ الجديد، وهو القياس، أنه يزمه؛ لأنه حنث في يمين بالله تعالى. وفي القديم قولان. ووجهه أن الإيلاء كان صلاق الجاهلية،

(١) دَنَفَ: المريض، دَنَفًا، اشتد مرضه وأشفى على الموت، فهو دَنَفٌ، جمع أدناف، وهو، وهي، وهم دَنَفٌ. والأدنف: المرض الثقيل. والمريض الذي لزمه المرض الشديد. انظر: المعجم لوسيعه

فغيره الشرع وجعله موجباً للطلاق بعد مدة^(١)، فكان حكمه بضرب المدة. ويحاجب الطلاق بدل عن الكفارة، ويشهد له قوله تعالى: ﴿أَشْهَرُ فَإِنْ فَاءَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فإن هذا لا يشعر بلزوم الكفارة، بل يشعر بأنه يوجب المغفرة والرحمة. نعم، لو حلف على أن لا يطأها ثلاثة أشهر، تلزمه كفارة اليمين إذا حنث؛ لأن هذا ليس بإيلاء، وقيل: بطرد القول القديم فيه أيضاً، وهو بعيد.

المسألة الثانية: أن صحة الإيلاء، هل تختص باليمين بالله تعالى أم يصح بالتزام العبادات، وتعليق الطلاق، وغيره؟ الجديد: أنه لا يختص؛ لأنه منوطٌ بالإضرار، والإضرار لا يقطع رجاء المرأة، ورجاؤها ينقطع إذا ظهر مانع للزوج، وكما أن خوف الكفارة يمنع، فكذلك خوف هذه اللوازم. وتوجيه القديم: أن الإيلاء، مأخوذ من عادة العرب، وهي اليمين بالله تعالى عندهم، فلا ينبغي أن يتصرف فيه بالمعنى. ولا تفريع بعد هذا على هذا القول أصلاً.

فرع: لو كرّر الإيلاء بعد تخلل فصل، وقال: أردت التأكيد، قبل على أحد الوجهين؛ لأنه إخبار، فأشبهه الإقرار دون الإنشاء، وكذا في تعليق الطلاق خلاف مرتب، وأولى بأن لا يقبل؛ لأنه بالإنشاء أشبه.

القسم الثاني: في الحلف بالتزام العبادات. فإذا قال: إذا جامعتك فلله على صوم، أو صلاة، أو عتق رقبة، أو تصدق بمال: فهو مؤل، فإذا حنث، ففيما يلزمه، الأقوال المعروفة في يمين الغضب واللجاج^(٢). نعم، لو قال: إن وطئت، فله على صوم هذا الشهر، لم يصح الإيلاء؛ لأن المطالبة تتوجه بعد انقضاء الشهر وانحلال اليمين.

القسم الثالث: الحلف بالعتق. وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال: إن جامعتك، فعبدي حر، فمات العبد، أو باعه، أو أعتقه، انحل الإيلاء بعد انعقاده؛ لأنه خرج عن التعرض لالتزام شيء بالوطء. ولو قال: إن جامعتك فعبدي حر قبله بشهر، صار مؤلياً، ولكن تحسب مدة الإيلاء بعد مضي شهر، فتكون المطالبة في الشهر السادس؛ إذ لو وطء في الشهر الأول، لم يلزمه شيء، فإن العتق لا

(١) المدة من قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبَيُّسَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، الآية [البقرة: ٢٢٦].

(٢) لَجَّ: في الأمر - لجأ، ولجاجة: لازمه وأبى أن ينصرف عنه. وفي التنزيل العزيز: ﴿وَرَبُّهُمُ الرَّحْمَنُ الَّذِي كَشَفْنَا عَنْهُ غُطَّتْ رُءُوسُهُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ ذَلِكُمْ يَوْمُ الْحُجَّةِ﴾، وهو لَجُوجٌ، وَلَجُوجَةٌ، وهي لَجُوجٌ. ويقال: لَجَّ بهم الهمُّ والنزاع. ولَجَّ فلان: غمادى في الخصومة. ولَجَّ القوم: احتلطت أصواتهم. انظر: المعجم الوسيط (٢/٨١٥، ٨١٦).

يمكن تقديمه على اللفظ، فبعد تمام الشهر يتعرض للالتزام، فلو باع العبد فى منتصف الخامس، طُلب فى السادس؛ لأنه لو وطء؛ لتبين بطلان البيع وتقدم العتق عليه. ولو تركت المطالبة حتى انقضى من وقت البيع شهرٌ كاملٌ: سقطت المطالبة؛ إذ سقط التعرض التزام.

الثانية: إذا قال: إن وطئتكَ فعبدٌ حرٌّ عن ظهارى، وكان قد ظاهر، صار مؤلّياً، وعند الوطء يُعتق العبد عن الظهار، ويكون الالتزام الجديد فى الإيلاء، تعيين العبد، وتعجيل العتق؛ فإن ذلك لم يوجب الظهار. وفيه وجه: أنه يعتق ولا ينصرف إلى الظهار؛ لأنه يتأدى به حق الحنث، فلا يتأدى به حق الظهار. وطرّدوا هذا فيما لو قال: «إن دخلت الدار فأنت حرٌّ عن ظهارى» وهو بعيد؛ فإن التعليق ليس فيه إلا إضافة العتق إلى زمان، فهو كالتنجيز.

أما إذا لم يكن قد ظاهر فلا يكون مؤلّياً بينه وبين الله تعالى. ولو وطء لم يعتق عبده؛ لأنه قال: أنت حر عن ظهارى، ولا ظهار، ولكن فى الظاهر يجعل مقراً بالظهار، ويعتق عبده عند الوطء، ويُجعل مؤلّياً لذلك.

الثالثة: إذا قال: إن جامعتك فعبدى حرٌّ عن ظهارى إن تظهرت. فهذا تعليق لعتق العبد بصفيتين: بالوطء والظهار، وحكمه أنه لو وطء أولاً لم يعتق، ولكن يتعرض لزوم لو ظاهر، فيعتق العبد لا على جهة الظهار؛ لأنه قدم تعليقه على الظهار، فلا ينصرف إليه. ثم قالوا: لا يصير مؤلّياً فى الحال، ولكن لو ظاهر أولاً صار مؤلّياً؛ لأنه صار العتق متعلقاً بالوطء. ثم قالوا: «إنه يعتق لا من جهة الظهار» وهذا فيه نظر؛ لأنه إذا لم ينصرف إلى الظهار، فينبغى أن لا يعتق، كما إذا قال: أنت حر عن ظهارى، ولم يكن قد ظاهر، فإنه لا يعتق باطناً كما ذكرناه. ثم إذا لم يعتق لا يصير مؤلّياً؛ لأنه لا التزام، إلا أن يقال: يلغى قوله: عن ظهارى؛ لأنه جعل العتق محالاً، وبقي قوله: أنت حر، فهذا له احتمال، ولكن فى المسألتين جميعاً، أعنى فى التعليق، وفى قوله: أنت حر عن ظهارى، إذا لم يكن قد ظاهر.

الرابعة: إذا قال: إن جامعتك فلله على أن أعتق هذا العبد عن ظهارى. فكونه مؤلّياً يبنى على أن العبد هل يتعين بالنذر ويُعتق بعتقٍ سبق لزومه؟ فيه خلاف سيأتى فى النذور.

القسم الرابع: فى الحلف بالطلاق: وفيه مسائل:

أحداها: أنه لو قال: إن وطئتكَ فأنت طالقٌ ثلاثاً، فهو مؤلٌّ على الجديد، ثم يطالب

بالفئة أو تنجيز الطلاق. ويقال له في الفئة: عليك تغيب الحشفة، والنزع في حال متصلاً بالتغيب من غير مكث، فإنه يقع به الثلاث وتحرم. ويقع النزع في حال التحريم، ولكنه كالخروج من المعصية، فلا بأس به. وقال ابن خيران: يحرم الوطء؛ إذ وصل النزع غير ممكن. ويتجه مذهبه أيضاً؛ فإن النزع أيضاً نوع مماسة، والخروج عن الملك المغضوب جائز للضرورة، ولكن تعريض النفس لمثل ذلك، بالاختيار، غير جائز.

فرع: لو قال لغير المدخول بها: إن وطئتك، فأنت طالق، فهو مؤل، فإن وطئها وقع الطلاق رجعيًا وإن كان الطلاق مقارناً للوطء غير متأخر عنه؛ لأن الوطء مقرر، والطلاق مبين، فقد اجتمعا، فغلب جانب تقرير النكاح.

الثانية: إذا قال: إن وطئتك فضررتك طالق، فهو مؤل، فإن أبان الضرر انقطع الإيلاء؛ لزوال الالتزام. فإن جدد نكاحها وقلنا يعود الحث: عاد الإيلاء، فتبني المدة على ما مضى من المدة قبل الطلاق، وما تخلل في مدة الإبانة لا يحسب، ولا تستأنف المدة بخلاف الردة والرجعة إذا طرأ، كما سيأتي.

الثالثة: إذا قال: إن وطئت إحداكما فالأخرى طالق، فهو مؤل، قال ابن الحداد: إذا مضت المدة، وجاءتا إلى القاضي طالبتين، طلق القاضي إحدهما على الإبهام، ثم إن كان الزوج قد نوى إحدهما، نُزِّل على المنوية، وعلى الزوج البيان. وإن كان قد أبهم بقى مُبهماً، ووجب على الزوج التعيين. فلو قال قبل التعيين: راجعت التي صادفها الطلاق، ففي صحة الرجعة مع الإبهام وجهان، والأصح: أنها إذا لم تقبل التعليق، فلا تقبل الإبهام. قال القفال: غلط ابن الحداد؛ لأن الدعوى لا تصح مُبهماً، وهما معترفان بالإشكال، وهما كرجلين قالوا عند القاضي: لأحدنا على فلان ألف، فإنه لا يسمع. لكن يتجه لابن الحداد أن الضرر قد تحقق بهما، ولا بد من الرفع عنهما.

القسم الخامس: في اليمين التي تقرب الوطء من الالتزام. وفيه صيغ:

الأولى: إذا آلى عن نسوة فقال: والله لا أجامعكن، فإنما تلزمه الكفارة إذا جامع جميعهن، فلا تتعلق كفارة بوطء واحدة، ولكن يتعلق به القرب من الحث بوطء الباقيات، فالجديد: أنه لا يصير مؤلياً حتى يبطاً ثلاثاً منهن فيصير مؤلياً في حق الرابعة؛ إذ تتوقف الكفارة على وطئها. والقول القديم: أنه مؤل؛ لأن القرب من اللزوم محذور كأصل اللزوم. فعلى هذا، لو وطء واحدة سقط إيلاؤها دون البواقي، وكذلك لو طلق واحدة. أما إذا ماتت واحدة سقط إيلاء الكل؛ إذ حصل اليأس عن جماع جميعهن، وبه يقع الحث.

الصيغة الثانية: أن يقول: والله، لا أجامع كلَّ واحدةٍ منك، فهذا إيلاءٌ؛ إذ يتعلق الحنث بكل واحد. ولو قال: لا أجامع واحدةً منك، فله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يريد به لزوم الكفارة بواحدةٍ، أى واحدةٍ كانت على العموم، فهو مؤل؛ إذ ما من واحدةٍ يطؤها إلا وتلزمه الكفارة. ولكن إذا وطء واحدةً انقطع إيلاءُ الباقيات؛ إذ اليمين لا يتناول إلا واحدة.

الثانية: أن يقول: أردت واحدةً معينةً مبهمَةً وعلىَّ تعيينها، أو قال: نويتُ واحدةً بعينها، وعلىَّ بيانها: انعقد الإيلاءُ كذلك، ويطلب بالبيان أو التعيين. وقال الشيخ أبو علي: لا إيلاءٌ؛ لأن كل واحدة ترجو أن لا تكون هي المرادة أو المعينة بالإيلاء، فكيف يساوى هذا اليأس المحقق فى معينة. وهذا متحةٌ إن اعترفت بالإشكال، فإن ادعت أنه عنها، وجب عليه الجواب لا محالة.

ثم إذا لم يكن قد عيّن، فعَيّن، فتحسب المدة من وقت التعيين، أو من وقت اليمين؟ فيه خلاف ينبى على أن الطلاق المبهم، متى وقع؟ كما ذكرناه فى الطلاق.

الحالة الثالثة: أن يُطْلَقَ هذه الصيغة، فعلى أىّ المعنيين يُحمل؟ فيه وجهان؛ لتعارض الاحتمالين.

الصيغة الثالثة: إذا قال: والله، لا أجامعك فى السنة إلا مرةً واحدةً، فالوطء يُقرَّبُه من الحنث، فيكون مؤلّا على القديم دون الجديد. وعلى الجديد: إذا وطئها صار مؤلّا، فينظر إلى بقية المدة من السنة، فإن كانت دون أربعة أشهر فليس بمؤل، وإن زاد صار مؤلّا من وقت الوطء. ولو قال: والله، لا أجامعك فى السنة إلا مائة مرةً، أو ألف مرةً، فحكمه حكمُ المرة الواحدة، لا تختلف بالكثرة والقلة.

الصيغة الرابعة: إذا قال: إن جامعتك مرةً، فوالله، لا أجامعك بعدها، فهذا تعليقٌ يمين بالوطء: فمنهم من قطع بأنه ليس مؤلّا؛ لأنه ليس بحالفٍ فى الحال حتى يطأها مرة.

ومنهم من خرّج على القولين؛ لأن الوطء يُعرضه لأن يصير حالفًا.

ولو قال: إن وطئتكَ فأنت طالقٌ إن دخلت الدار، قال القاضى: هو مؤل قطعًا؛ لأن الوطء يصير مانعًا لها عن الدخول، ومنهم من خرّج على القولين؛ إذ لا فرق بين المسألتين.

فرع: إذا قال: إن وطئتكَ، فوالله لا أطوك، فغيب الحشفة، ثم عاد إلى الإيلاج ثانيًا، ففى لزوم الكفارة خلافٌ. والأوجه: أن الوطء يتناول جميع الإيلاجات. فلا يحنث

بالوطأة الأولى، ويتلفت إلى خلاف في وجوب المهر، إذا كان المعلق به ثلاث طلاقات.

القسم السادس: في شروط لفظ الإيلاء:

وفيه مسائل: الأولى: أن الكناية لا تنطبق إلى لفظ اليمين من الإيلاء، فلو آلى عن امرأة، ثم قال لأخرى: أشركتك معها، لم يصير مؤثماً؛ لأن عماد الإيلاء ذكر اسم الله تعالى، وفي مثله من الظهار خلاف مبني على أن المذهب فيه اليمين أو الطلاق؟ ولا خلاف في جواز الإشراك في نفس الطلاق. وأما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لغيرها: أشركتك معها، وأراد تعليق طلاق الثانية بدخولها في نفسها لا بدخول الأولى، ففي ذلك خلاف.

ولو قال: أنت على حرام، ونوى الإيلاء، فالظاهر أنه لا ينعقد كلفظ الإشراك، والثانية: أنه ينعقد؛ لأن هذا اللفظ ورد في القرآن لإيجاب الكفارة^(١).

الثانية: في تعليق الإيلاء. وهو صحيح، كقوله: إن دخلت الدار فوالله لا أطوك، ولو قال: والله لا أجامعك إن شئت، فقالت: شئت، صار مؤثماً. وهل تختص المشيئة بالمجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في الطلاق. والثاني: لا، كما في التعليق بالدخول.

وقال مالك، رحمه الله: إذا علق بمشيئتها لم يكن مؤثماً؛ لأنها التي أضرت بنفسها، إلا أن الشافعي، رضي الله عنه، ليس يعتبر ذلك، فإنها لو تركت المطالبة بعد انقضاء المدة، فلها العود إلى المطالبة؛ لأنها تركت على توقع، فلذلك تشاء على توقع أن الزوج يخالف مشيئتها ويطوؤها.

الثالثة: أنه لا يشترط اقتران الغضب بالإيلاء عندنا، وقال مالك، رحمه الله: لا يكون مؤثماً إلا في حالة الغضب. وهو بعيد؛ إذ الضرر حاصل بكل حال.

الركن الثالث: في المدة المحلوف عليها

والمطلق منه قوله: لا أجامعك. والمقيد قوله: لا أجامعك سنة. فإن حلف على أربعة أشهر فما دونه، لا يكون مؤثماً؛ لأنه قاصر عن المدة الشرعية. ولو حلف على خمسة أشهر فهو مؤل ويطالب في الشهر الخامس. ولو حلف على أربعة أشهر ولخطبة، فهو مؤل على معنى أنه يأنم، ولكن لا تظهر فائدته في المطالبة. ولو حلف على أربعة أشهر، فلما كان في الشهر الرابع حلف على أربعة أخرى، ولم يزل كذلك يفعل أبداً، فليس

(١) وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تَحْرِمُ مَا أَحْلَى اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتِ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾. [التحریم: ١، ٢].

مؤليا، وإن كان الضرارُ حاصلًا.

ولو قال دُفْعَةً: لا أجامعك أربعة أشهر، فإذا انقضت، فوالله لا أجامعك أربعة أشهر. وهكذا حتى استوفى مدة طويلة، فالصحيح: أنه ليس بِمُؤْلٍ؛ لأنه إذا انقضى أربعة أشهر، فكيف يطالب بحكم اليمين الأولى، وقد انحلت، أو بحكم اليمين الثانية ولم ينقض منها إلا لحظة؟ وفيه وجه: أنه إذا فعل ذلك مرة واحدة، فهو مؤل؛ لأنه يصير ذريعة إلى الإضرار، ويلزم عليه ما لو فعل ذلك آخر كل أربعة أشهر وهو بعيد.

ولو قال: إذا مضت خمسة أشهر، فوالله لا أطوك، لا يصير مؤليا حتى تنقضى خمسة أشهر، فبعده تستفتح المدة. ولو قال: والله لا أطوك خمسة أشهر، وإذا انقضت، فوالله لا أطوك سنة. فإذا انقضى أربعة أشهر، طُوب بالفيئة في الشهر الخامس، فإن فاء انقطعت الطويلة في الشهر الخامس، فإذا انقضى الشهر الخامس استفتحتنا مدة أربعة أشهر لليمين الثانية ولو قال: لا أطوك حتى تصعدى السماء؛ أو ينزل عيسى، عليه السلام، أو يخرج الدجال، أو يقدم فلان، وهو على مسافة، يعلم أنه لا يقدم في أربعة أشهر، فهو مؤل قطعًا.

ولو أقت بدخول دار، أو قلوب زيد: لم يكن مؤليا في الحال، فإذا انقضى أربعة أشهر فهل يُطالب بالفيئة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الوطاء في هذه الحال موجب للكفارة. والثاني: أنه لا يطالب؛ لأن القدوم والدخول منتظر في كل حال.

ولو أقت بموت زيد، فمنهم من قال: هو كقدوم زيد. ومنهم من قطع بأنه مُطالب؛ لأنه كالمستبعد في الاعتقادات. ولو أقت بموت الزوجين، فهو إيلاء لا محالة؛ لأنه حصل اليأس في العمر، وصيغته أن يقول: لا أطوك ما عشتُ أو عشت.

الركن الرابع: في ألفاظ المحلوف عليه

وهي ثلاثة أقسام: الأول: ما هو صريح لا يقبل التأويل^(١)، ولا يُدَيَّن^(٢). كلفظ

(١) التأويل: هو صرف الكلام عن المعنى الظاهر منه إلى معنى غير ظاهر يحتمله اللفظ أو الحرف مع وجود دليل يؤيده يصيره راجحًا، وهو التأويل الصحيح. أو يحتمله مع عدم وجود دليل يؤيده، وهو الفاسد. أو لا يحتمله اللفظ ولا يوجد عليه دليل أو مع مظنة وجود دليل وهو التأويل الباطل. والصريح الذي يقصده المصنف لا يقبل التأويل بأي حال. انظر: كتابنا معايير التأويل والمتأولين (الباب الثاني/ الفصل الثالث).

(٢) قوله: «ولا يُدَيَّن» ينتهي معناها إلى نفس معنى التأويل، لأن لا يُدَيَّن أى لا يسيب اللفظ ولا يطوَّع ولا يخضع لمعنى آخر غير ظاهر منه، وهذا هو معنى التأويل لغة مأخوذة من الإيالة، وهي =

«النيك» وإيلاج الذكر في الفرج، وتغيب الحشفة في الفرج. وكذلك قوله للبكر: لا افتضتك. فلو فسر بالضم والأعناق لم يُدَيَّنْ على الأصح.

القسم الثاني: ما هو صريح في الظاهر، ويتطرق إليه التدين، وهو «الوطء»، وكذلك «الجماع» لكثرة الاستعمال. وأما «الإصابة» فألقه الشيخ أبو علي بالجماع، وهو بعيد. أما المباشرة والملازمة والمباضعة، وما يجري مجراه، ففيه قولان:

أحدهما: أنها صريحة كالجماع؛ لأن العادة في الجماع التحاشي عن الصريح. والثاني: أنها كنايةات؛ لأنها بالوضع غير صريح، وعادة الاستعمال ليس يتضح فيه كما في الجماع.

القسم الثالث: الكنايةات قولاً واحداً، وهو كقوله: لأبعدن عنك، ولا يجمع رأسى ورأسك وسادة، ولا شتونك. وفي لفظ «القربان» و«الغشيان» وجهان: أحدهما: أنهما كنايةتان. والثاني: أنهما في معنى المباشرة والمباضعة. فأما إذا قال: والله، لا أجامعك في دُبْرِك، أو في الخيض والنفاس، فهو مُحْسِنٌ وليس بمؤل.

الباب الثاني: في حكم الإيلاء الصحيح

ومجموع ما يترتب عليه أحكام: أولها: ضرب المدة. والثاني: المطالبة بالفيئة. والثالث: دفع المطالبة بفيئة أو طلاق. والرابع: ما تقع به الفيئة. فنشرحها في فصول:

الفصل الأول في المدة

وفيه مسائل: الأولى: أن المدة تحسب من وقت الإيلاء من غير حاجة إلى القاضي، بخلاف مدة العنة، فإنها تحسب من وقت ضرب القاضي المدة؛ لأنها متعلقة بالاجتهاد وهذا منصوص في الكتاب^(١) وسببه أن النسوة، في غالب الأمر، لا يصبرن عن الرجال مع اليأس عن الوقوع في أكثر من أربعة أشهر، وإنما يشترط زيادة على الأربعة: لوقوع المطالبة بعد المدة، وأن المدة مهلة للخيرة. وأبو حنيفة، رحمه الله، رأى الطلاق واقعاً بمضى المدة، فلم يشترط زيادة على أربعة أشهر.

=السياسة. انظر: المعجم الوسيط مادة [وَأَلَّ]، مادة [دان] (٣٠٧/١)، وإرشاد الفحول (ص

١٧٦)، والمرجع السابق.

(١) وهي مدة الشهور الأربعة من وقت الإيلاء في الآية ٢٢٦ البقرة.

الثانية: لا تختلف هذه المدة عندنا بالرقِّ والحرية؛ فإنه أمر يتعلق بالشهوة والطبع، فهو كمدة العنة^(١). وقال أبو حنيفة، رحمه الله: الحرة تترى أربعاً أشهر، والأمة شهرين. وقال مالك، رحمه الله: تختلف برقِّ الزوج وحرية.

الثالثة: في قواطع المدة. فإن طلقها طلاقاً رجعيّاً قبل مضي المدة: انقطعت، فإن راجعها استأنفنا المدة؛ لأنها قد حرمت بالطلاق، ولا بد من إصرارٍ على التوالى في المدة. والردة بعد الدخول كالطلاق الرجعى. والطلاق الرجعى بعد المدة يقطع المدة. فإن جرت رجعة، فاستأنف المدة أولى؛ فإن الطلاق إجابة إلى المطالبة، فقد أجاب مرة، فلا يُطالب حتى يمتنع أربعة أشهرٍ آخر. وألحقوا الردة أيضاً بالطلاق، وهو أبعد؛ لأنه ليس إجابة لمطالبتة.

أما الذى لا يقطع المدة، كالصوم والإحرام من جهته، فلا يؤثر، لا طارئة ولا مقارنة، وكذلك الأعذار الطبيعية، كمرضه، وكونه محبوساً، وكما لو طرأ الجنون عليه، فلا تمنع. يترك الأعذار انعقاد المدة ولا دوامها. أما الموانع فيما يمنع احتساب المدة، فكإحرامها، وصفرها، ونشوزها، أو كونها محبوسة، أو مجنونة، أو مريضة لا تحتمل الجماع.

ثم هذه الأحوال إذا طرأت، قطعت المدة، فإن زالت، تستأنف المدة؟ أو تبنى على ما مضى؟ فيه وجهان:

أحدهما: الاستئناف، كالطلاق والردة من الزوج. والثانى: أنه تُبنى؛ لأن هذا لم يقطع النكاح حتى تنقطع المدة المبنية عليه، وإنما هذه أعذار تمنع المطالبة، فإذا زالت عادت المطالبة. والمذهب القطع بأنها إذا طرأت بعد المدة، لم توجب الاستئناف، وقيل بطرد الوجهين. وهو ضعيف.

وأما صومها فلا يمنع الاحتساب؛ لأن التمكين حاصل بالليل، وفي التطوع بالنهار، فليس ذلك عُذراً مانعاً.

الرابعة: إذا تنازعا في انقضاء المدة، فيرجع حاصله إلى النزاع في وقت الإيلاء، والقول فيه قوله مع يمينه.

الفصل الثانى فى المطالبة

وفيه مسائل: إحداها: أن لها رفع الأمر إلى القاضى، فإن تركت المطالبة، أو رضيت، فلها العود مهما تشاء، بخلاف ما إذا رضيت بعيب الزوج، أو رضيت بعد مدة العنة؛

(١) سبق تعريف لفظ [العنة] وهى العجز عن الجماع لمرض أو لسحر أو غير ذلك مما يطرأ.

لأن ذلك عجزٌ وعيبٌ في حكم خصلة واحدة، فرضاؤها به يسقط حقها، وأما هذا، فيحتمل الرضا فيه على توقع الحث، كما يحمل رضاها، عند الإعسار بالنفقة، على توقع اليسار.

الثانية: لا مطالبة لغير الزوجة، فإذا رضيت، لم يكن للولي ولا لسيد الأمة المطالبة، ولا لولي المجنونة والصغيرة؛ لأن هذا لا يقبل النيابة.

الثالثة: لا مطالبة لها إذا كان فيها مانع طبعاً، كالمرض العظيم، والرتق، والقرن. أو شرعاً، كالحيض. والعجب: أن الحيض يمنع المطالبة ولا يقطع المدة؛ لأن ذلك يتكرر في الأشهر مراراً. نعم، إذا فرغنا، على قول بعيد، في صحة الإيلاء عن المرتقاء، كان لها المطالبة بالقيمة باللسان.

الرابعة: إذا كان المانع فيه: إن كان طبعاً، فلها مطالبة ليفيء باللسان، ويعتذر ويعد الوطاء، وذلك يدفع الضرار.

فإن كان شرعاً، كالظهار، والصوم، والإحرام، قطع المزاورة بأنه لا يكفيه الفية باللسان، وللمرأة المطالبة، وعليه أن يُطلق. فإن وطء، اندفعت المطالبة مع كونه حراماً. ونقول: أنت مُحَيَّرٌ بين أن تعصى بالوطء، أو تطلق، وأنت قد ورطت نفسك فيه. وقال مالك، رحمه الله: الوطاء في الإحرام لا يُسقط المطالبة.

أما العراقيون، فبنوا على جواز التمكين وقالوا: «إذا كانت مُحَرَمَةً، أو حائِضًا، فطالبها بالتمكين لم يحلَّ لها».

وإن كان الزوج مُحَرَمًا، أو صائماً عن فرض فطليها، فهل يحل التمكين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن هذا الوطاء معصية، فكيف يُمكن منه. والثاني: نعم؛ لأن المعصية تختص بالزوج، والوطء حقه، فعليها التوفية وإن كان المستوفى عاصياً.

ولا خلاف في أن للرجعية الامتناع؛ لأن الطلاق متعلق بها، واختلفوا في أن الظهار كالإحرام، أو كالطلاق؟ ثم قالوا: إن قلنا: عليها التمكين، فلها المطالبة. فإن قصد الزوج الوطاء وامتنعت، سقط طلبها. وإن حرمتها التمكين فعليها الامتناع. وهل لها الإرهاق إلى الطلاق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لها ذلك، والزوج هو الذي ورط نفسه فيه. والثاني: لا، بل يكتفى بوعد الممانع الطبيعي.

الفصل الثالث: في دفع المطالبة

ولا يندفع إلا بالطلاق، أو الوطاء من القادر، والقيمة باللسان من العاجز كما سبق.

فإن رُفِعَ إلى القاضي، فامتنع من الأمرين، طلق القاضي عليه في أصح القولين. وفي القول الثاني: يُلْجِئُهُ بالحبس والتعزير إلى الطلاق. وهو بعيد؛ لأنه إكراه على الطلاق. وأنكر المزنّي هذا وقال: لم يصِرْ إليه أحدٌ من العلماء. نعم، لو استمهل الزوج من القاضي ثلاثة أيام في الفينة باللسان لم يمهّل، وفي الوطء وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن مدة المهلة أربعة أشهر، وقد تم. والثاني: نعم؛ لأنه ربما لا يجد قوةً ونشطةً في الحال.

فعلى هذا، لو بادر القاضي قبل مضي المدة، لم تطلق، لا كقتل المرتد قبل تمام المهلة؛ فإنه مُهدَرٌ؛ لأن الطلاق يقبل الرد. وفيه وجه بعيد؛ أنه ينفذ.

والمهلة، ثلاثة أيام، تحري في سبعة مواضع: المرتد، وتارك الصلاة، والفسخ بالإعسار، وبالعنة، وخيار العتق، والشفقة، والإيلاء. أما الرد بالعيب فهو على الفور.

ثم إذا استمهل، فأمهلناه، فادعى العنة، فيستأنف مدة العنة ولا يُطْلَق؛ لأن الطلاق كان تغليظاً عليه؛ لظننا به القدرة. وذكر العراقيون وجهاً أنه يطلق.

فرع: إذا غاب الزوج إلى مسافة أربعة أشهر، فلو كيلها في الخصومة أن يطالبه بالطلاق، أو الانصراف إلى وطنها. وخروجه إلى السفر، في الرجوع، ابتداء الفينة، فلو صبر حتى انقضت مدة الإمكان، ثم قال: الآن أبتدئ السفر، فلحاكم تلك البلدة أن يطلق.

الفصل الرابع: فيما به الفينة، وهو الوطء

ويكفي تغيب الحشفة. ولو نزلت على زوجها لم تحصل الفينة؛ إذ لا تنحل به اليمين، وليس هذا فينة منه. أما إذا أكره، وقلنا: يُتصور على الوطء إكراه يدرأ الحد، ففي لزوم الكفارة به خلاف. فإن قلنا: يلزم، فقد انحل الإيلاء. وإن قلنا: لا، فهل تنحل اليمين؟ فيه خلاف.

فإن قلنا: تنحل، فلا طلبه. وإن قلنا: لا ينحل، فالصحيح: أن الطلبة تبقى لبقاء الإيلاء. وفيه وجه: أنه لا طلبه؛ لاندفاع الضرر بحصول الوطء.

أما إذا آلى، ثم جُنَّ فوطء، فالمنصوص فيه أنه تنحل اليمين بفعله ولا كفارة. وخُرح من الناسي قول في وجوب الكفارة، فيلتحق تفصيله بالمكروه.

فرع: لو تنازعا في الوطء في المدة، فالأصل عدم الوطء، ولكن القول قوله على خلاف قياس الخصومات، وقد ذكرنا نظير ذلك في العنة. ثم قال ابن الحداد: لو طلقها، وأراد أن يراجعها وقال: صدقتموني في الوطء، فليس الرجعة. قلنا: لا، بل نرجع إلى

القياس والأصل عدم الوطاء والعدة، والقول قولها في ذلك، وإنما كان كذلك لنوع ضرورة، والله أعلم.

* * *

كتاب الطهارة^(١)

وفيه بابان:

الباب الأول في أركانه وموجب ألفاظه

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في أركانه

وهو المظاهر، والمظاهر عنها، واللفظ، والمشبّه به.

الركن الأول: المظاهر: وكل من يصح طلاقه يصح ظهاره، وقد ذكرناه؛ وذلك لأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فجعله الشرع محرماً للزوجة، وموجباً للكفارة عند العود إليها^(٢)؛ فيصح ظهارُ المحبوب، والخصي، والذمي. ثم على الذمي الكفارة ويصح منه

(١) الظهار، والتظهر، والتظاهر، عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي، مشتق من الظهر، وخصوا الظهر دون غيره؛ لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا غشيت، فكأنه إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي، أراد: ركوبك للکاح حرام عليّ، كركوب أمي للکاح، فأقام الظهر مقام الركوب؛ لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام للکاح؛ لأن النكاح ركب. وهذا من استعارات العرب في كلامهم.

واصطلاحاً تشبيه المسلم المكلف من نحل أو جزءه بظهر محرم أو جزءه. انظر: الصحاح (٢/٧٣٠)، المصباح المنير (٢/٥٩٠)، تاج العروس (٣/٣٧٣)، شرح فتح القدير (٤/٢٤٥)، (٢٤٦)، معنى المحتاج (٣/٣٥٢)، حاشية ابن عابدين (٢/٥٧٤)، المحلى على المنهاج (٤/١٤). (٢) هذا من حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فحسنت رسول الله ﷺ أشكر إلهي، ورسول الله يجادلني فيه، ويقول: «أتق الله فإنه ابن عمك»، فما برحت حتى أنزل الله: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا﴾ [المجادلة: ١ - ٣] فقال: «ليعتق رقبة»، قالت: لا يجد، قال: «فيصوم شهرين متتابعين»، قالت: يا رسول الله؛ إنه شيخ كبير ما به صيام، قال: «فليطعم ستين مسكيناً»، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قال: «فأنا سأعينه بعرق من تمر»، قالت: وأنا أعينه بعرق آخر، قال: «ولقد أحسنْتَ، انهي فأطعمي عنه ستين مسكيناً».

أخرجه أبو داود (٢٢١٤)، وأحمد (٦/٤١٠)، والطبري في تفسيره (٥/٢٨)، وابن الجارود (٧٤٦)، وابن حبان في موارد الظمان (١٣٣٤)، والطبراني (٦١٦)، والبيهقي (٧/٣٨٩)، كلهم من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة، عن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن خولة بنت مالك بن ثعلبة به.

الإعتاق مهما أسلم في ملكه عبدٌ كافر، وكذلك لو قال لمسلم: أعتق عبدك المسلم عن كفارتى، جاز على وجهه. فإن عجز فالصوم غير ممكن فى حقه؛ فيعدل إلى الإطعام. وقال القاضى: لا يعدل؛ فإنه قادر، فليسلم وليصم. وهو بعيد؛ لأنه مقرر على دينه، فلا يكلف تركه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يصح ظهارُ الذمى؛ لأنه ليس من أهل الكفارة.

الركن الثانى: المظاهر عنها: وهى كل من يلحقها الطلاق فإن ظاهر عن الرجعية وتركها لم يكن عائداً. فإن راجعها تعرض للزوم الكفارة، كما سيأتى. وإن ارتدت وظاهر عنها، فإن رجعت إلى الإسلام انعقد الظهار، فالإيلاء والظهار والطلاق متساوية، إلا فى المحبوب والرتقاء، فإن الصحيح أن الإيلاء فيهما لا يصح.

الركن الثالث: اللفظ: وصريحه أن يقول: أنتِ علىّ كظهر أمى أو مثل ظهر أمى ولا مناقشة فى الصلّات. فلو قال: أنتِ مِنى، أو معى، أو عندى مثل ظهر أمى، فكل ذلك صريح. وكذا لو ترك الصلّة، وقال: أنتِ كظهر أمى. فلو قال: أردت الإضافة إلى غيرى، لم يُقبل، كما لو قال: أنتِ طالق وقال: أردت من غيرى؛ لأن الشيوع يمنع هذا التأويل.

ثم يتصدى النظر فى أجزاء الأم. وأجزاء الأم قسمان:

أحدهما: ما لا يذكر فى معرض الكرامة، كقوله: كبطن أمى وشعرها، ورجلها ويدها، وفيه قولان:

القديم: أنه ليس بظهار، اتباعاً لعادة الجاهلية. والثانى: أنه ظهار؛ اتباعاً للمعنى؛ لأنه كلمة زور تُشعر بالتحريم كالظهر.

وكذا لو أضاف إلى بعض الزوجة، فقال: يذكُّ أو رجلكِ علىّ ظهر أمى، يخرج على القولين، ومأخذه الاتباع، أو النظر إلى المعنى. فقد ظهر أن التصرفات القابلة للتعليق، كالطلاق، والظهار، والعناق تصح إضافتها إلى البعض. أما النكاح والرجعة فلا. وأما الإيلاء فإذا قال: لا أجامع فرجك، أو نصفك الأسفل، فهو صريح. ولو أضاف إلى

=رورى بلفظ آخر من طريق عبيد الله بن موسى، ثنا أبو حمزة الثمالى، واسمه ثابت بن أبى صفية، عن عكرمة، عن ابن عباس. أخرجه البزار (١٩٨/٢)، وقال فيه كلاماً منه: حديث أبى حمزة منكراً، وفيه لفظ يدل على خلاف الكتاب؛ لأنه قال: وليراجعك، وقد كانت امرأته، فما معنى مراجعته امرأته ولم يطلقها؟ وهذا مما لا يجوز على رسول الله ﷺ، وإنما أتى هذا من رواية أبى حمزة الثمالى. وأخرجه البيهقى (٣٩٢/٧)، والهيتمي (٨/٥)، وقال: رواه البزار وفيه أبو حمزة الثمالى وهو ضعيف.

النصف الشائع؟ فيه احتمال؛ لأن ترك الجماع في النصف من ضرورته تركه في الكل.

القسم الثاني: ما يذكر في معرض الكرامة. كقوله: أنتِ مثلُ أُمِّي، أو كَأُمِّي، أو كروح أُمِّي، فإن أراد الكرامة فليس بظهار وإن قصد الظهار فهو ظهار وإن أطلق فوجهان؛ لتعارض الاحتمالين. ولو قال: كَعَيْنِ أُمِّي، التفت إلى الجديد والقديم؛ لأنه إضافة إلى البعض. واختلفوا أن الرأس كالבطن والعين والروح؛ لأنه قد يذكر للكرامة.

الركن الرابع: في المشبه به. فلو شبهها بمحللة، أو محرمة تحرماً مؤقتاً كالأجنبية، أو تحرماً لا محرمية فيها، كالملاعن عنها، لم يكن ظهاراً. أما المحرمة على التأيد بقربة، أو مصاهرة، أو رضاع، ففيه أقوال:

أحدها: الاقتصار على الأم؛ اتباعاً لعادة الجاهلية، وهو مأخذ القديم. والثاني: أن كل ذلك ظهار؛ اتباعاً للمعنى؛ لأن التحريم شامل. والثالث: الاقتصار على الأم، وإلحاق الجدة بها؛ لأنها في معناها غير دونها. والرابع: إلحاق كل محرمة بالنسب بالأم، وكذا كل محرمة بالرضاع لم نعهد تحليلها من أول وجودها دون من طرأ التحريم عليها، ودون المحرمة بالمصاهرة فإنها كانت محللة؛ ولأن الرضاع يُشبه النسب دون المصاهرة. أما إذا قال: أنتِ عليّ كظهر أبي، لم يكن ظهاراً؛ لأنه ليس في محل الاستحلال.

الفصل الثاني في موجب الألفاظ

وفيه مسائل: الأولى: أنه لو قال: مهما ظاهرتُ عن ضَرْتِكَ فأنتِ عليّ كظهر أُمِّي، كان كما قال؛ لأن الظهار يقبل التعليق. ولو أشار إلى أجنبية وقال: مهما ظاهرتُ عنها فأنتِ عليّ كظهر أُمِّي: صح، وتناول ظهاراً عنها بعد نكاحها تنزيلاً لموجب اللفظ على الصحيح شرعاً. فلو أجرى مع الأجنبية لفظ ظهار لم يحنث. لو صرح وقال: «إن ظاهرتُ عن فلانة وهي أجنبية» فهذا لغو عند الشافعي، رضى الله عنه، وتعليق بمحال، وقال المزني، رحمه الله: يُنزل ذلك على اللفظ. وكذا الخلاف فيما لو قال: إن بعثت الخمر فأنتِ عليّ كظهر أُمِّي. ثم باع، لم يحنث عند الشافعي، رضى الله عنه؛ لأنه ليس ببيع، وعند المزني يحمل على المسمى بيعاً بالعادة. أما إذا قال: إن ظاهرت عن فلانة الأجنبية، فيحتمل التعريف، ويحتمل اشتراط كونها أجنبية، فعلى أيهما يُحمل؟ فيه وجهان.

الثانية: أن يظاهر عن امرأة، ويقول للأخرى: أشركتُكِ معها. ونوى، ففيه خلاف مبنى على أن الظهار، يغلب فيه مشابهة الأيمان أو الطلاق؟.

الثالثة: إذا قال: أنتِ طالق كظهر أُمِّي. وقع الطلاق بقوله: أنتِ طالق. ثم نراجعها،

فإن أراد بالبقية التأكيد، قبل. وإن أراد الظهار لغا إن كان بائناً، ونفذ إن كان رجعيًا.

الرابعة: أن يقول: أنت علي حرام كظهر أمي، فله أحوال:

أحدها: أن ينوي الطلاق دون الظهار، وقصد التأكيد، فهو كما نوى، وكقوله: أنت طالق كظهر أمي. وفيه وجه: أن الظهار هو الحاصل؛ لأنه أتى بصريحه دون صريح الطلاق، فهو أولى من الكناية. ولا يخفى أنه لو عنى الظهار دون غيره فلا يحصل إلا الظهار.

الحالة الثانية: أن يقول: نويت الطلاق والظهار جميعًا مقرونًا بقولي: أنت علي حرام، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الجمع غير ممكن في لفظ واحد، والطلاق أقوى فهو الواقع. والثاني: أن الظهار أولى؛ إذ أتى بصريحه. والثالث: وهو اختيار ابن الحداد أن الرجل يُخير حتى يختار أحدهما؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر.

الحالة الثالثة: أن يقول: أردت بقولي: «علي حرام» طلاقًا، وبقولي: «ظهر أمي» ظهارًا؛ وقع الطلاق ونفذ الظهار إن كان رجعيًا. وفيه وجه: أن الظهار لا يصح؛ لأن قوله: كظهر أمي، غير مستقل وقد انصرف أول الكلام إلى الطلاق.

أما لو عكس وقال: أردت الظهار بالأول، والطلاق بالآخر، نفذ الظهار دون الطلاق؛ لأنه نواه بلفظ الظهار. وقال الشيخ أبو محمد: ينفذ الطلاق؛ لأن قوله: كظهر أمي، ليس مُستقلًا، ولم يحصل به ظهار، فيحصل به طلاق.

الحالة الرابعة: أن يقول: لم أقصد بالمجموع إلا تحريم عينها، فتحرم عليه وتلزمه الكفارة.

المسألة الخامسة: لو قال: أنت علي حرام، وقال: نويت الطلاق والظهار جميعًا مع اللفظة. قال ابن الحداد: إن نوى الظهار أولاً يصح، ويقع الطلاق ولم يكن عائدًا. وإن نوى الطلاق أولاً، وكان رجعيًا، صح الظهار.

قال الشيخ أبو علي: هذا غلط؛ لأن اللفظ واحد، فينبغي أن يجعل كما لو نواهما معًا، فيخرج على الخلاف في أن الأولى أيهما؟ وهذا يلتفت على أن نية الكناية، إذا اقترنت ببعض اللفظ، ما حكمه؟ وقد ذكرناه في الطلاق.

الباب الثاني في حكم الظهار الصحيح

وله حكمان: أحدهما: تحريم الجماع على الاقتران به إلى أن يُكفر، إما بالعتق، أو الصيام، أو الإطعام. وجوز أبو حنيفة، رحمه الله، الوطء للمكفر بالإطعام؛ لأن الآية

مطلقة في حقه، لكن الشافعي، رضى الله عنه، يُنزل المطلق على المقيد في مثل ذلك^(١).
ثم اختلف قول الشافعي، رضى الله عنه، في أن التحريم هل يقتصر على الجماع؟
فقال في «المختصر»: أحبيت أن يمنع القبلة. وقال في موضع آخر: رأيت أن تمنع القبلة.
ف قيل: قولان:

أحدهما: التحريم؛ لقوله تعالى: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣]. والقائل الثاني
يَحْمِلُهُ عَلَى الْوَقَاعِ، لقوله: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، نعم، مسالك

(١) قبل أن تتكلم عن تنزيل المطلق أو حمل المطلق على المقيد لابد أولاً من تعريفهما:
فالمطلق: لفظ خاص يدل على فرد شائع، أو أفراد على سبيل الشروع، ولم يقيد بأى قيد يقلل
من شيعه مثل «رجل» و«حيوان»، و«طائر»، و«طالب».

والمقيد: لفظ خاص يدل على فرد شائع مقيد بقيد لفظي يقلل من شيعه مثل «رجل مسلم»،
و«حيوان مفترس»، و«طائر أبيض»، و«طالب علم». والأصل في اللفظ الخاص الإطلاق، فإن الحق
المطلق قيد خرج عن إطلاقه إلى التقييد كما سبق من الأمثلة.

أما معنى حمل المطلق على المقيد: إذا ورد مطلقاً في نص، ومقيداً في نص آخر فهنا يظهر
التعارض بين اللفظين، فإن اختلفا حكماً وسبباً المطلق والمقيد، فلا ينزل - يحمل المطلق على
المقيد كلفظ «الأيدى» في آية القطع - ٣٨ - المائدة، وآية الوضوء - ٦ - المائدة.

وإذا اتفق المطلق والمقيد في الحكم والسبب: فيحمل المطلق على المقيد كلفظ «الدم» في الآية -
٣ - المائدة. مطلقاً. والآية - ١٤٥ - الأنعام، مقيداً.

وإن اتحد المطلق والمقيد في الحكم واختلفا في السبب كآية كفارة الظهار - ٣ - المجادلة.
وكآية كفارة القتل الخطأ - ٩٢ - النساء. فهنا خلاف، فالأحناف لا يحملون المطلق على
المقيد، ويعملون بكل واحد من النصين في موضعه.

والشافعي ينوله أو يحمله، ويكون اللفظ دالاً على أن المطلق مراد به المقيد من غير حاجة إلى
دليل، لأن كلام الله متحد في ذاته فهو كالكلمة الواحدة. أمّا إن اتحد المطلق والمقيد في السبب
واختلفا في الحكم كما هو الحال هاهنا في المسألة التي أوردها المصنف ففى الآيات: ﴿والذين
يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتماسا ذالكم توعظون به،
والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع
فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم﴾
[المجادلة: ٣ - ٤]. فهنا سبب الحكم وهو الظهار لكن الحكم قد اختلف حيث أوجبت الآيات
الكفارة بواحدة من ثلاث على الترتيب، تحرير رقية قبل أن يتماسا، صيام شهرين متتابعين من
قبل أن يتماسا إذا لم يجد رقية. إطعام ستين مسكيناً إذا لم يستطع الصوم.

وكما ترى فقد قيدت الكفارتين الأولتين بأن توتى إحداهما قبل أن يحس المظاهر زوجته التي
ظاهر منها، أما الكفارة الثالثة فلم تقيد. هنا قال الحنفية بعدم حمل المطلق على المقيد لعدم وجود
دليل يدل على الحمل أما الشافعية فيحملون المطلق على المقيد في مثل هذه الحالة قياساً لا لفظاً
أى أنه يوجد جامع جمع بين للمطلق والمقيد في المعنى.

الأشباه متعارضة، فنقول: كل ما يحرم الوطء لخلل فى الملك، كالطلاق، والردة، والاستبراء عن الغير، كعدّة الوطء بالشبهة أو إباحة الغير، كتزويج السيد أمتة، فكل ذلك يحرم اللبس، وأما الصوم والحيض فلا. وقياس الإحرام أن يكون كالصوم، ولكنه يحرم اللبس تعبداً. وأما الاستبراء فى المسبية فيحرم الوطء، وفيما دونه خلاف. وإن كان من جهة شراء، أو تملك فيحرم الاستمتاع مطلقاً؛ لأنه لو ظهر الحمل لحرم على الإطلاق بخلاف جهة السبي، والظهار مردد بين هذه الأصول. فإن لم نحرم إلا الوطء، ففي الاستمتاع بما دون السرّة والركبة خلاف مبنى على أنا إن حرّمنا ذلك فى الحائض عللنا بانتشار الأذى، أو تخوف الوقوع فى الوقاع. ويظهر تشبيه الظهار بالحيض؛ لأنه يحرم مع دوام النكاح، لكن من حيث إنه كان طلاقاً فأقت تحريمه بالكفارة فيحتمل أن يشبه بتحريم الرجعية.

الحكم الثامن: وجوب الكفارة، وهو منوط بالعود، قال الله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ [المجادلة: ٣] فاختلف العلماء فيه على خمسة مذاهب.

وقال الثوري: «هو بنفس الظهار عائد». وهو فاسد؛ لقوله تعالى: ﴿ثم يعودون﴾. قال داود: «أراد تكرار لفظ الظهار، والعود إليه». وقال الزهري ومالك فى إحدى الروايتين: إنه الوقاع؛ إذ به يعود لنقض كلامه. وقال أبو حنيفة ومالك، رحمهما الله، فى رواية: إنه العزم على الإمساك. وقال الشافعى، رضى الله عنه: هو نفس الإمساك.

ومهما لم يطلق عقيب الظهار، على الاتصال، فهو ممسك ولا يكفيه العزم على الطلاق دون تحقيقه؛ لأن إمساكه عود لنقض كلامه، فسيبيله أن يقول: «أنت على كظهر أمي، أنت طالق، متصلاً حتى لا يلزمه كفارة».

ويتفرع على هذا الأصل مسائل:

الأولى: إذا مات عقيب الظهار، فلا كفارة؛ إذ لم يتحقق الإمساك؛ فإنه يفتقر إلى زمان القدرة على الطلاق. ولو طلقها طلاقاً رجعيّاً فلا عود. فإن راجع، فنص الشافعى، رضى الله عنه، أن نفس الرجعة عود ونص: أنه لو ارتد وعاد، لم يكن نفس الإسلام عوداً. وكذا لو أبانها، وجدد النكاح وقلنا بعود الظهار والحنث، لم يكن بمجرد عائدتها؛ لأن الإسلام يقصد به تبديل الدين، والنكاح يقصد به تجديد الملك، والرجعة لا معنى لها إلا إمساك الزوجة. ومن أصحابنا من خرج وجهاً إلى الرجعة من النكاح وإلى النكاح، والردة من الرجعة، وطرّد القولين، لكن الفرق وتقرير النص أظهر. فإن قيل: إذا آلى، ثم أبان وجدد النكاح، لزمته الكفارة بالوطء وإن لم نقل بعود الحنث، فلم لا تعود

كفترة الطهارة؟ قلنا: لأن اليمين يستقل بنفسه دون النكاح، والطهارة لا يتصور إلا في النكاح، والكفارة هاهنا كالمطالبة بالقيئة عن الإيلاء، فإنها من الخواص، فلا تعود في نكاح ثانٍ.

نعم، لو ظاهر وعاد حتى حرمت عليه، استقرت الكفارة. فلو طلق وحدد، استمر التحريم إلى الكفارة. وأما لو كانت رقيقة فاشترها، ففيه خلافٌ مبني على أن تحريم الطلاق واللعان، هل يتعدى إلى ملك اليمين كما ذكرناه؟.

المسألة الثانية: إذا ظاهر عن زوجته الرقيقة، ثم اشتراها على الفور، ففيه وجهان: أحدهما: أن الشراء ينفي العود كالطلاق؛ لأنه قاطع.

والثاني: لا؛ لأنه نقله من حِلٍّ إلى حِلٍّ، فهو عائد. وهذا يتجه إذا قلنا: إنه يتعدى تحريم الطهارة إلى ملك اليمين.

ثم قال ابن الحداد: لا بد وأن يتصل قوله: «اشترت» بالطهارة، فلو تشاغل بأسبابه حصل العود. وقال الأصحاب: إن كانت أسبابه متعذرة، فهو كما قال. وإن كانت متيسرة على القرب لم يكن عائداً. أما إذا علق طلاقها بعد الطهارة على الدخول، فهو عائد وإن كان الدخول متيسراً؛ إذ لا فائدة في التعليق وهو قادر على التنجيز. ولو كان قد علق من قبل، فدخل على الاتصال فلا عود إن كان الدخول متيسراً.

ولو لاعتن عقيب الطهارة، فظاهر النص أنه يمنع العود. ثم اختلف في تصويره، فمنهم من قال: لو قذف بعد الطهارة ولم يقصر في البدار إلى الرفع إلى القاضي على العادة، فلا عود. ومنهم من قال: ينبغي أن تتصل كلمات اللعان بالطهارة، ويكون القذف والرفع سابقاً. وقال ابن الحداد: ينبغي أن تتصل الكلمة الأخيرة بالطهارة، فإنه القاطع وألزم عليه، كما لو قال عقيب الطهارة: يا زينب، أنت طالق، وقيل: قوله: «يا زينب» لا يوجب العود؛ لأنه من جملة الكلام، فكذا كلمات اللعان.

المسألة الثالثة: لو علق الطهارة بفعل غيره، فوجد ولم يعرف، فليس بعائد. فكما يعرف فينبغي أن يبادر الطلاق، ولو علق بفعل نفسه ففعل، ونسى الطهارة، فهو عائد؛ لأنه في نسيان فعل نفسه، غير معذور.

المسألة الرابعة: إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي خمسة أشهر، لم يصح على القديم لخروجه عن المعتاد. وعلى الجديد: يصح إن غلبنا مشابه الأيمان. وإن غلبنا مشابه الطلاق فلا؛ لأن الطلاق الموقت أبد لغلبة الطلاق، ولم يظهر ذلك للطهارة، وقد قيل: يصح مؤبداً تشبيهاً بالطلاق.

التفريع: إن شبهناه بالإيمان صح مؤقتاً، ويكون العود بالجماع، نص الشافعي، رضى الله عنه، عليه؛ لأنه ينتظر تحليلاً بعد الأشهر، وإنما يمسك لذلك، فلا يكون مجرد إمساكه مناقضاً. واعتراض المزني، رحمه الله، على هذا، وقال: لا فرق بينه وبين المطلق. فمن الأصحاب من قال: للشافعي، رضى الله عنه، قول قديم: أن العود هو الجماع، فيطرد في المطلق والمقيد. وهو فاسد؛ لأنه نص عليه في الجديد، والفرق ما ذكرناه.

فعلى النص، إذا جامع حرم الجماع، فعليه النزع متصلاً بتغيب الحشفة. وعلى مذهب ابن خيران: يحرم الجماع الأول أيضاً كذلك. قال الصيدلاني: «إذا جامع، نبين أنه كان عائداً عقيب اللفظ، وعليه يحمل إمساكه». وفيه فقه يوافق النص، ويدفع اعتراض المزني، رحمه الله. فعلى هذا لا ينبع الوطء الأول؛ إذ هو مبين للتحريم قبله، فهو كما لو قال: «أنت طالق قبل الوطء» فإنه يحرم الوطء.

المسألة الخامسة: إذا قال لأربع نسوة: أنتن على كظهر أمي، صار مظاهراً عن جميعهن، ولكن في تعدد الكفارة واتحادها خلاف؛ لاتحاد اللفظ، وهو كالخلاف فيما لو قذف جماعة واحدة، أن الحد هل هو متعدد؟ ومشابه الإيمان تقتضي الاتحاد؛ لأن الكلمة واحدة. ومشابه الطلاق: التعدد؛ لتعدد المحل فإن قلنا: يتعدد، فلا يخفى. وإن قلنا: يتحد، فلو أمسكهن فعليه كفارة. ولو طلق ثلاثاً وأمسك واحدة، لزمه كفارة؛ لأن مناقضة الظهار بالعود، تتحقق بإمسك واحدة، وليس كما لو قال: والله لا أجامعكن؛ فإنه لا كفارة بجماع واحدة؛ لأن مخالفته تتحقق بجماع الجميع. وتحقيقه: أن الظهار هاهنا يتعلق بطلاق الجميع.

فأما إذا ظاهر عنهن بأربع كلمات على التوالي، فتجب أربع كفارات؛ ويكون بالظهار الثاني عائداً إلى الأول، وبالثالث عائداً إلى الثاني، وبالرابع عائداً إلى الثالث. فإن قال عقيب الرابع: أنت طالق، فعليه ثلاث كفارات. فإن لم يقل فأربع كفارات.

المسألة السادسة: إذا كرر لفظ الظهار على الاتصال، وقال: قصدت بالثاني تأكيد الأول، قبل. ولكن هل يكون عائداً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن اشتغاله بالتأكيد ترك للطلاق. والثاني: لا؛ لأنه لا يكون به ممسكاً؛ لأن التأكيد في حكم تمام الكلام.

وإن قصد ظهاراً آخر، ففي تعدد الظهار مع اتحاد المرأة طريقان:

أحدهما: طرد القولين في تعدد الكفارة. والثاني: القطع بالتعدد؛ تغليباً لجانب اللفظ.

ولا خلاف أنه لو قذف شخصاً واحداً مرتين فالحد واحد. ثم إن طلق عقيب الثاني، لم يكن عائداً في الثاني. وهل يكون عائداً في الأول لاشتغاله بالثاني؟ فيه وجهان مرتبان على صورة إرادة التأكيد، وهاهنا أولى بأن يكون عائداً؛ لأنه كلام مستقل بنفسه. أما إذا تخلل زمان، فهو عائد في الأول، والظهار الثاني منعقد إن قلنا بتعدد الكفارة، وإلا فلا فائدة فيه.

أما إذا قلنا: تتعدد، فقال: أردت التأكيد، مع تخلل الفصل، هل يُقبل هاهنا؟ تردد فيه جواب القفال كما ذكرناه في الإيلاء؛ لأن فيه مشابهة الإخبار.

المسألة السابعة: إذا جن عقيب الظهار فليس بعائِدٍ. فلو أفاق، لم تكن مجرد الإفاقة عوداً، ولكن إن لم يطلق عقيب الإفاقة، صار عائداً. ولو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت علىّ كظهر أُمى. فلا ظهار في الحال. فإن مات قبل التزويج حصل اليأس، وصار مظاهراً عائداً قبيل الموت، هكذا قاله ابن الحداد. وقال بعض الأصحاب: الظهار حاصل ولا عود؛ لأنه مات عقيب انعقاد الظهار، وإنما كان يستقيم ما قاله لو استند انعقاد الظهار إلى الأول. وما ذكره ابن الحداد أغوص فليتأمل.

فإن قيل: الوطء يحرم بنفس الظهار أو بالعود؟ قلنا: بالعود؛ إذا لو كان بمجرد الظهار لكان تستقر الكفارة وإن طلق عقيبه، حتى لو أراد وطأها بنكاح جديد أو ملك يمين لم يجز إلا بكفارة، وليس كذلك، لكنه إذا عاد حرم، ووجبت الكفارة، واستقرت؛ لا لأجل استحلال الوطء، فإنه لو أبانها بعد العود لم تسقط الكفارة؛ لأنها استقرت بالعود المناقض للظهار، كما يستقر بالحنث في اليمين، فالكفارة تجب بالظهار والعود جميعاً، والظهار أحد سببها كاليمين، ولذلك قال ابن الحداد: لو قال: إن دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أُمى. ثم أعتق عن الظهار، ثم دخلت: وقع العتق لتأخره عن أحد السببين. وخالفه بعض الأصحاب وقالوا: وزّانه ما لو قال: إن دخلت الدار، فوالله لا أكلمك، ثم أعتق قبل الدخول: لا يجزئ؛ لأنه إنما يصير حالفاً عند الدخول. ولكن يحتمل أن يقال: السبب صيرورته حالفاً ومظاهراً، وقد وجد، فيكفي ذلك، والله أعلم.

كتاب الكفارات^(١)

وخصالها ثلاثة: العتق، والصوم، والإطعام، والعتق لا يدخل في فدية الحج. والإطعام لا يدخل في كفارة القتل على أحد القولين. وكفارة الجماع والظهار متساويتان في الترتيب: العتق، ثم الصيام، ثم الإطعام، وكذا كفارة القتل إن قلنا: يدخلها الإطعام. وكفارة الأيمان على الخيرة بين العتق والكسوة والإطعام. فإن عجز فالصيام ثلاثة أيام، وسيأتي في موضعه. والمقصود كفارة الظهار، ثم يندرج فيه جُمْل من أحكام الكفارات:

الخصلة الأولى: العتق

ولا يجزئ في الكفارات إلا رقبة مسلمة، سليمة، كاملة الرق، تعتق بنية جازمة، عتقاً خالياً عن شوب العوض، فهذه خمسة شروط فلنفصلها:

الشرط الأول: الإسلام: والمسلم كل من ولده مسلم، أو مسلمة، أو أسلم أحد أبويه في صغره، أو التقط في دار الإسلام، أو سبَّاه مسلم في صغره، وليس معه أبواه، أو نطق بكلمتي الشهادة بعد البلوغ. فلو نطق، وهو صبي مميز، ففيه قولان. ولو نطق مكرهاً فهو مسلم إلا أن يكون ذكياً فلا يُحكم بإسلامه على أحد القولين. وفيه مسألتان:

إحدهما: أنه لو نطق بكلمتي الشهادة، فالصحيح أنه إسلام، وإن لم يصرح بالبراءة عن سائر الملل. ومنهم من شرط ذلك. نعم، لو اقتصر على قوله: «لا إله إلا الله» وكان ذلك على وفق ملته: لا يحكم بإسلامه، وإن كان على خلافه، كالثنوي والنصراني القائل بالتثليث، فمنهم من حكم بإسلامه، ثم قال: يطالب بالشهادة الثانية، فإن أبى جُعل مرتدّاً. ومنهم من لم يحكم بإسلامه ما لم يأت بكلمتي الشهادة.

المسألة الثانية: لو أقر بصلاة، أو ركن من أركان الإسلام يخالف ملته هل يُجْعَل به مسلماً؟ فيه وجهان. وضابطه عند من يجعله مسلماً، أن كل ما يكفر المسلم بإنكاره، فيصير الكافر، بالإقرار به، مسلماً؛ لأن التصديق والتكذيب لا يتجزأ. ولعلنا قد استقصينا هذه الأحكام في كتاب «اللقيط» فلا نعيده.

(١) الكفارة: ما يستغفر به الآثم من صدقة وصوم ونحو ذلك، وقد حددت الشريعة أنواعاً من الكفارة. منها: كفارة اليمين، وكفارة الصوم، وكفارة ترك بعض مناسك الحج، انظر: للمعجم الوسيط (٧٩٢/٢).

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يشترط الإيمان في رقبة كفارة الظهار؛ فإن الوارد في القرآن رقبة مطلقة. ولكن عندنا يحمل المطلق على المقيد.

الشرط الثاني: السلامة من العيوب: وعليه تنزل الرقبة المطلقة في القرآن. ثم قال أبو حنيفة، رحمه الله: الأقطع يجزئ، والأصم والأبكم لا يجزئ. وجعل الضابط فيه زوال جنس من المنفعة؛ لأن العيب المعتبر في البياعات لا يعتبر، فاعتبر كمال أجناس الأعضاء والمنافع. والشافعي، رضي الله عنه: اعتبر ما يؤثر في العمل أثرًا بينًا؛ إذ غرض الاعتاق أن يستقل ويسعى لنفسه.

والزمن لا يجزئ في العتق. ويجزئ الأصم والأعور؛ إذ يقدر على العمل والكسب، وكذلك الأقرع والأعرج والعين والخصي. والأقطع لا يجزئ. وقطع الإبهام أو المسبحة أو الوسطى مانع. وقطع الخنصر أو البنصر لا يمنع. وقطعهما جميعًا مانع. إن كان من يده واحدة، ومن يدين لا يؤثر. وقطع أنملة لا يؤثر إلا من الإبهام. وفقد أصابع الرجل لا يؤثر.

والمجنون لا يجزئ إذا كان جنونه مطبقًا. والمريض الذي لا يرجى زواله لا يجزئ، فإن زال على الندور فهل يتبين إجزاؤه؟ فيه خلاف. والذي يرجى زواله يجزئ. فإن مات فهل نتيقن أنه لم يقع موقعه؟ فيه خلاف. وإن كان يحسن ويفيق فيجزئ إن كان أيام الإفاقة أكثر، وإلا ففيه تردد. والهرم العاجز لا يجزئ. والصغير وهو ابن يوم يجزئ؛ لأن مصيره إلى الكبر. والظاهر: أن الجنين لا يجزئ، وفيه وجه.

وأما الأخرس، فالقياس أنه يجزئ. وقد اختلف فيه نص الشافعي، رضي الله عنه. ومنهم من قال: قولان، وأجراهما في الأصم الأصلح^(١). ومنهم من قطع بالجواز، وحمل النص على الذي لا يفهم الإشارة.

الشرط الثالث: كمال الرق: فلا يجزئ عتق المستولدة؛ لأنه يمتنع بيعها، ولا عتق المكاتب كتابةً صحيحة؛ لنقصان الرق ولوقوع العتق عن جهة الكتابة، بدليل استتباع الإكساب والأولاد. والمكاتب كتابةً فاسدة يبتى على العلتين: إن عللنا: بنقصان الرق نقد، وإن عللنا بالاستتباع، وقلنا: إنه يستتبع، لم ينفذ.

ولو اشترى عبدًا بشرط العتق وأعتقه عن الكفارة، ففيه تفصيل ذكرناه في البيع. أما عتق العبد المرهون والجاني، إن نفذناه، فهو يجزئ عن الكفارة؛ لأنه يفك الرهن بخلاف الكتابة.

(١) الأصم الأصلح: هو الذي ذهب سمعه فهو أصلح، وهي صلحاء جمع صلح. انظر: المعجم الوسيط (١/٥٢٠).

فروع: الأول: العبد الغائب الذي تتواصل أخباره، يجزئ إعتاقه. والمنقطع الخبر. نص على أنه لا يجزئ، ونص أنه يخرج عنه زكاة الفطر. فقيل: هو ميل إلى الاحتياط في المسألتين. وقيل: فيهما قولان؛ لأن الأصل بقاءه، والأصل اشتغال الذمة.

الثاني: العبد المغصوب في يد متغلب يجزئ إعتاقه، وفيه وجه: أنه لا يجزئ؛ لأنه لا يستفيد استقلالاً كاملاً كالأقطع، وهو أميل.

الثالث: إذا اشترى قريبه، بنية الكفارة، لم يجزئه؛ لأن عتقه يستحق من جهة القرابة. وقال الأودنى: إذا اشتراه بشرط الخيار وأعتقه عن كفارته، جاز.

الرابع: إذا أعتق نصفين من عبد في دفعتين أجزاء، ولو أعتق نصفى عبيدين، ففيه وجهان:

أحدهما: يجزئ؛ لأن الأشقاص تجمع أشخاصاً في الزكاة، كذلك هذا. الثاني: لا؛ لأن المقصود إفادة الاستقلال، فلا تحصل بالتجزئة. نعم، لو ملك عبيدين، وعييه كفارتان، فقال: أعتقهما عن كفارتي، نصف كل واحدٍ منهما عن كفارة، فقد حكي عن نص الشافعي، رضى الله عنه، أنه يجزئ. فمنهم من قال: عتق العبدان عن الكفارتين، ولا معنى لتجزئته وإضافته.

الخامس: إذا ملك المعسر نصف عبد، فأعتق نصفه عن كفارته، ثم اشترى النصف الثاني، وأعتق: جاز؛ لأنه كمل الخلاص. وإن كان موسراً، ففي كيفية نفوذ العتق ثلاثة أقوال.

فإن فرعنا على تنجز العتق نظراً: فإن وجه العتق على جملة العبد، وقال: أعتقت عن الكفارة: نفذ وأجزأ. وقال القفال: لا ينصرف النصف الثاني إليها؛ لأنه عتق بتسرية الشرع، لا بإعتاقه. إلا أنا نقول: حصل بتسبيه، فصار كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر عن كفارتي، فدخل العبد عتق وأجزأه وإن وجه على النصف، لم ينصرف النصف الباقي إلى الكفارة، وهل يجزئ ذلك النصف؟ يبتنى على عتق الأشقاص^(١).

وإن فرعنا على أن العتق يتوقف على أداء القيمة، فنوى، عند اللفظ، صرف النصف، وعند الأداء صرف النصف الثاني: جاز. وإن نوى الكل عند اللفظ، ففيه وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأنه السبب المعتق عند الأداء. والثاني: أنه لا بد عند العتق من النية. وقال الشيخ أبو حامد: يجب أن ينوى الكل عند اللفظ، ولا يعتد بالنية عند الأداء.

(١) سبق بيان معنى [الشقاص] والأشقاص هنا بمعنى الأجزاء المملوكة في أماكن منفردة أو يشترك في ملكها أشخاص.

الشرط الرابع: أن يكون خاليًا عن العوض. فلو أعتق على أن يرد العبد إليه دينارًا لم يقع عن الكفارة. ولو قال لغيره: أعتق عبدك عن كفارتك، ولك ألف على، فأعتق: نفذ، لا عن الكفارة، وهل يستحق الألف؟ فيه وجهان جاريان في الالتماس من غير ذكر الكفارة:

أحدهما: لا؛ لأن العتق وقع منه، فكيف يستحق العوض؟! والثاني: يستحق، كما لو قال: أعتق مستولدتك، ولك ألف على. وكأن الخلاف يرجع إلى أن الفداء، هل يجوز مع إمكان هذا الشراء؟.

وعند هذا جرت العادة بذكر النظر في التماس العتق. وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال: أعتق مستولدتك ولك ألف على، نفذ، ولزم الألف، وهو افتداء ومقابلة للمال بإسقاط الملك كما في اختلاص الأجنبي.

ولو قال: أعتق مستولدتك عني ألف، فقال: أعتقت عنك: عتقت ولغا قوله: «عنك». والظاهر أنه لا يستحق العوض؛ لأنه رضى به بشرط الوقوع عنه ولم يقع. وفيه وجه: أنه يستحق، ويلغى قوله: «عني» كما لو قال: طلق زوجتك عني، فإنه يحمل على أنه أراد: طلقها لأجلي فيستحق الزوج العوض.

واعلم أن حكم الشافعي، رضى الله عنه، بنفوذ العتق في المستولدة مع قوله: أعتقت عنك. يدل على أنه إذا وصف العتق، أو الطلاق بوصف محال، يلغى الوصف دون الأصل.

الثانية: إذا قال: أعتق عبدك عني. فقال: أعتقت، وقع عن المستدعي. ثم إن ذكر عوضًا استحقه، وإن لم يذكر فهل يستحق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يستحق، بل يحمل على الهبة. والثاني: أنه يستحق كما لو قال: أقض ديني فإنه يرجع على رأى. ولكن هذا التوجيه إنما يستقيم إذا قال: «أعتق عن كفارتى» فإنه أداء حق مستحق.

ولو صرح وقال: أعتقه عني مجانًا، فقال: أعتقت، نفذ ولا عوض. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا ينفذ؛ لأن الملك لا يحصل في الهبة دون القبض. ولكن قال بعض الأصحاب: إعتاقه تسليط تام أقوى من الإقباض، وبنوا عليه أنه لو وهب، ثم قال للمتهب: أعتقه عن نفسك، فأعتق، نفذ عتقه من غير قبض.

أما إذا أطلق، وقال: أعتق عبدك، ولم يقل: «عني» أو «عنك» فأعتق فعلى ماذا يُنزّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه عن المستدعى بقرينة الاستدعاء. والثاني: أنه كقوله: أعتق عن نفسك، حتى يخرج النظر في العوض على ما ذكرناه.

الثالثة: إذا قال: إذا جاء الغد، فعبدي حرًّا عنك بألف، فقال: قبلت، فهذا كتعليق الخلع، وقد ذكرناه. ولو قال: أعتق عبدك عني غداً بألف، فصبر حتى جاء الغد، وقال: أعتقت. قال صاحب «التقريب»: هاهنا يستحق المسمى؛ لأنه ليس تعليقاً. وفيه نظر أيضاً ذكرناه في الخلع. ولو قال: أعتقه عني على الخمر، أو مغضوب. فهو كالخلع على المغضوب. ويحتمل هاهنا الفساد في العوض، وإن كان المملك يحصل للمستدعى؛ لأنه ملك ضمنى فلا تعتبر شروطه، وينظر إلى صورة الإعتاق، ولذلك لم يشترط القبض في الإعتاق مجازاً.

فإن قيل: العتق يحصل متصلاً بآخر قوله: «أعتقت» فالمملك كيف يحصل قبله؟ فيكون قد حصل قبل اللفظ، أو كيف يحصل بعده؟ فيكون متأخراً عن العتق، أو معه؟ فيكون مع العتق. والكل محال؟ قلنا: ذكر فيه خمسة أوجه:

أحدهما: أننا نتبين حصوله بعد الالتباس، وقبل الإجابة. والثاني: أنه يتبين حصوله عند الشروع في اللفظ. وهما بعيدان؛ لأنه تقديم السبب على السبب. والثالث: أنه يحصل المملك مع آخر أجزاء اللفظ، والعتق مرتباً عليه. والرابع: أنه يحصل مرتباً على اللفظ، والعتق يتأخر لحظة.

والخامس: وهو اختيار أبي إسحاق، رحمه الله، أن المملك والعتق يترتب على اللفظ معاً. واستبعد ذلك منه، ونُسب إلى الجمع بين المتضادين. ولعله يعنى أنه جرى سبب المملك والعتق في حالة واحدة، فيندفع المملك في وقت جريان سببه، ويكون ذلك في معنى الانقطاع. ولهذا غَوَّرَ ذكرناه من قبل.

وبالجملة فقد اختلفوا في أن كل حكم يترتب على لفظ، فيكون مع آخر جزء من اللفظ، أو متأخراً مترتباً عليه ترتب الضد على زوال الضد؟ والأصح أنه مع آخر جزء من اللفظ؛ لأن المعلول ينبغي أن يكون مع العلة كما ذكرناه.

الشرط الخامس: النية. ولا بد منها؛ لأن الكفارة فيها مشايه العبادات. نعم، تصح من الذمي والمرند إذا قلنا: لا يزول ملكه، أو يستثنى قدر الكفارة عن ملكه الزائل كما نستثنى قدر الدين. ولا تصح النية منهما، ولكن يستقل بمشايه الغرامات، فإن فيها شبه الغرامات. أما صوم الكفارة فلا يصح منهما؛ لأنه عبادة محضة كالزكاة، فلذلك لا يتصور من كافر.

فرع: لا يشترط تعيين النية في الكفارات عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

فلو كان عليه الكفارات، فيكفيه أن ينوى الإعتاق عن الكفارة؛ لأن تعيين النية عندنا يجب قصدًا إلى التقرب بالصفات المقصودة. في العبادات المختلفة المراتب، ومرتبة الظاهر تغاير مرتبة الصبح. وكذلك صوم رمضان يغاير صوم النذر. ولا تفاوت في الكفارات كما لا تفاوت في زكاة أعيان الأموال؛ فالأموال أسباب الزكاة، والجنايات أسباب الكفارات، وهي متفاوتة. وقد طردوا هذا في العتق الملتزم بالنذر مع الكفارة، وإن كان النذر قرينة، والكفارة سببها جريمة، ولكن لم يلتفت إلى هذا. نعم، إذا أعتق في الكفارة وأخطأ، لم يجزئه، فإذا كان عليه كفارة قتل، فنوى الظهار، لم يقع عن القتل وقد صرفه عنه، وعليه الإعادة، وهو كتعيين الإمامة في القدوة، ولا تشترط، ولكن لو أخطأ فسدت القدوة.

الخصلة الثانية الصيام

وفيه نظران:

الأول: فيما يجوز العدول إليه: ولا يعتبر عندنا عجز محقق عن الإعتاق، بل يكفي أن يعسر ذلك عليه لغرض معتبر معتد به. والذي لا يملك شيئاً لا يخفى أمره. أما إن ملك عبداً، أو مسكناً، أو مالاً، ففيه نظر، فنقول: إن كان زماً وهو محتاج إلى العبد لخدمته، أو كان منصبه يقتضي أن يخدم ولا يباشر الأعمال بنفسه، فيجوز له الصوم عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

وإن كان عبده نفيساً يمكن إبداله بعبدين يلزمه ذلك، إلا إذا كان قد ألف العبد وارتضاه من زمان، فإنه يعسر عليه الإبدال فلا يلزمه، وفيه وجه: أنه يلزمه ذلك ولا يعتبر الإلف.

أما المسكن: فلا يباع إلا إذا كان فضلاً عن مقدار حاجته لاتساع خطته، وأمكنه بيع بعضه. فإن كان بيتاً نفيساً، وأمكن إبداله بمثله فهو كالعبد النفيس المألوف؛ لأن الجلاء عن المسكن أيضاً شديد، ففيه وجهان.

أما المال: إذا ملكه زائداً عن المسكن واللباس والأثاث المحتاج إليه، فيصرف إلى العتق إلا إذا كان رأس ماله، أو ضيعة لو باعها لصار مسكيناً يحل له سهم المساكين، فالانتقال إلى حال المسكن أشد من الانتقال من دار أو عبد، فقياس قول الأصحاب أنه لا يكلف ذلك. ويكاد يخالف هذا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ﴾ [المجادلة: ٤]، ولكن توسع الأصحاب في هذا؛ لأن صوم شهرين يكاد يكون أشق من إعتاق عبد،

وليس بينهما كبير تفاوت، وليس كذلك زكاة الفطر، فإنه يصرف إليه كل ما فضل عن قوت اليوم؛ لأنه أصل، وتركه إبطال لا إبدال.

أما إذا كان له مال غائب، فلا يجوز له الصوم؛ لأن الكفارة على التراخي، ويمكن أدائها عنه بعد موته، بخلاف قضاء الصلاة، فإنه تجوز بالتيمم مع توقع الماء في تاني الحال؛ لأن الموت متوقع في كل حال. فإن قيل: فيعتبر إعساره عند الوجوب أو الأداء؟ قلنا: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يعتبر حالة الوجوب تغليبا لمشابهة العقوبات، فعلى هذا لو كان معسرا ثم أيسر، وأعتق: جاز بطريق الأولى. وذكر صاحب «التقريب» وجهها: أنه لا يجوز؛ لأن هذا الترتيب بعيد، وإلا فالصوم أشق. وهو بعيد؛ إذ المعسر لو تكلف الإعتاق فلا ينبغي أن يُمنع. نعم، ذكر وجهان في العبد إذا أعتق قبل الصوم وأيسر، أنه هل يُعتق؛ لأنه لم يكن أهلا لوجوب العتق في الابتداء وهذا منقذح.

القول الثاني: أنه يعتبر حالة الأداء تشبيها بالعبادات، إذ يعتبر في القعود في الصلاة، وفي التيمم، حالة الأداء، وهذا مذهب أبي حنيفة، رحمه الله.

وعلى هذا، لو شرع في الصوم ثم أيسر، لا يقطع عليه؛ لأنه إذا شرع في البذل فقد استقر الأمر كالتيمم، إذا وجد الماء بعد الشروع في الصلاة. وقال أبو حنيفة، رحمه الله، والمزني: لا مبالاة بالشروع، بل يستقر الأمر بالفراغ؛ لأن وزان الشروع في الصوم، الشروع في التيمم دون الصلاة، وعندهما تنتقض الصلاة برؤية الماء.

ومن أصحابنا من وافق المزني هاهنا. فعلى هذا القول نقول: الواجب الصوم، بشرط أن يستمر الإعسار إلى الفراغ.

القول الثالث: أنه يعتبر أغلظ الحالتين، فإذا أيسر عند الأداء أو عند الوجوب، لزم العتق احتياطاً. وعلى هذا لو كان معسرا في الطرفين، وتخلل اليسار لم يؤثر، فكأن ما اقتضاه حالة الوجوب لا يغيره إلا حالة الأداء.

وأما العبد فمعسر وكفارته بالصوم. وأما الإطعام والعتق، فيبنى على أنه هل يملك بالتعليك، والعتق أولى بأن يمتنع عليه. والصحيح: أنه لا يملك بالتعليك.

ثم إن العبد لا يصوم إلا بإذن السيد، إلا إذا حلف وحنث بإذنه. فإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه لم يصم، وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه فوجهان، وإنما يعتبر إذنه؛ لأن حق السيد على القور، والصوم على التراخي بخلاف شهر رمضان.

وأما من نصفه حر ونصفه عبد، فهو كالأحرار في الكفارة، وكالعبيد في الجمعة

والشهادة والولاية. وصدقة فطره تتوزع على الرق والحرية.

النظر الثاني: فى حكم الصوم

وفيه مسائل: إحداها: أنه يجب عليه تبييت النية، ولا يجب تعيين جهة الكفارة. نعم، ينوى صوم الكفارة. وهل ينوى التابع؟ فيه وجهان. فإن قلنا: ينوى، يكفيه ذلك فى الليلة الأولى أو يجدها كل ليلة؟ فيه وجهان. وإذا مات لم يصم عنه وليه على الصحيح.

الثانية: يصوم شهرين بالأهلة، فإن ابتدأ فى أثناء شهر صام الشهر الثانى بالهلال، وكمل الشهر الأول ثلاثين من الشهر الثالث خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله.

الثالثة: لا بد من التابع فى كفارة الظهار، والوقاع، والقتل، فلو أفسد اليوم الأخير أو نسى النية فيه، وجب استئناف الكل. وهل يفسد ما مضى أو ينقلب نقلاً؟ فيه وفى نظائره قولان.

أما إذا وطء المظاهر ليلاً لم يفسد تنابعه، ولكنه يعصى؛ إذ التابع قائم، والتقديم على الوطء قد فات. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يستأنف.

الرابعة: الحيض لا يقطع التابع. والمرض الذى يبيح مثله الإفطار، فيه قولان مشهوران:

أحدهما: أنه لا يقطع التابع؛ لأنه لا يزيد وصف التابع على وصف شهر رمضان.

والثانى: أنه يقطع؛ لأن تدارك التابع هاهنا ممكن بخلاف وصف رمضان.

وفى السفر قولان مرتبان وأولى بأن يقطع؛ لأنه منوط بالاختيار. ولو قيل: إنه لا يقطع، على بعد، فلا يعد أن يجزئ فيما إذا نسى النية، ولا قائل به؛ لأنه مقصر بالنسيان، ولذلك يلزمه الإمساك دون الحائض والمسافر إذا زال عذرهما.

فرع: لو أرادت الحائض أن تفطر، ثم بعد الظهر تستأنف شهرين، ففيه إحباط لو صف الفرضية من الصوم السابق، فهذا فيه احتمال، والأظهر جوازه؛ لأنه على التراخي، وما مضى لا يفسد، وكانت الفرضية موقوفة على الفراغ.

الخصلة الثالثة الإطعام

ويعدل إليه العاجز عن الصوم بالهَرَم، والمرض الذى يدوم شهرين، وليس توقع الصحة بعده كتوقع رجوع المال الغائب بعد شهرين؛ لأن من له مال غائب يُسمى واجداً، وهذا يسمى عاجزاً فى الحال. وفى انتقال المسافر إلى الإطعام تردد.

وأما الشَّبَقُ^(١) المفرط، فالظاهر: أنه لا يرخص في العدول إلى الإطعام. وهو القياس، وفيه وجه يستند إلى حديث الأعرابي، وقد ذكرنا إشكاله في الصوم.

والنظر بعد هذا في: قدر المخرج، وجنسه، والمخرج إليه، والإخراج:

أما جنس المخرج، فهو كزكاة الفطر. وأما قدره فستون مدًّا. وأما المخرج إليه، فالمسكين الذي يجوز صرف الزكاة إليه. ولا يجوز عندنا أن يصرف إلى مسكين واحد ستين مدًّا في ستين يومًا، خلافًا لأبي حنيفة، رحمه الله، فلا بد من رعاية عدد المساكين؛ لظاهر الآية.

وأما الإخراج، فهو التملك والتسليط التام؛ فلا يكفي التغذية والتعشية بتقديم التمر إلى المساكين.

* * *

(١) [شبق]: الذكر من الحيوان - شبقًا اشتدت شهوته للأنثى. انظر: المعجم الوسيط (١/٤٧١).

كتاب اللعان (١)

واللعان عبارة عن إيمان يذكر اللعن فيها من نسب زوجته إلى الزنا، فيدراً الحد والنسب عن نفسه بمجرد يمينه؛ وذلك رخصة لمسيب الحاجة إلى صيانة الأنساب، وعُسر إقامة البيئة على زنا المرأة.

وردت أولاً في عويمر بن مالك العجلاني، قذف زوجته بشريك بن السحماء، فقال ﷺ: «لتأتين بأربعة شهداء، أو لأجلدن ظهرك» فاغتم، وقال: أرجو أن يُنزل الله قرأنا يُرى ظهري. فنزل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] (٢) الآية.

(١) اللعان لغة: مصدر لاعن لعاناً: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر.

قال الأزهرى: وأصل اللعن: الطرد، والإبعاد. يقال: لعنه الله، أى باعده.

قال الشوكاني: قال في الفتح: اللعان مأخوذ من اللعن لأن الملاعن يقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، واختير لفظ اللعن دون الغضب في التسمية لأنه قول الرجل وهو الذي يدعى به في الآية وهو أيضاً يبدأ به، وقيل: سمي لعاناً لأن اللعن الطرد والإبعاد وهو مشترك بينهما وإنما حصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة إليها. ثم قال: وأجمعوا على أن اللعان مشروع وعلى أنه لا يجوز مع عدم التحقق. انظر: لسان العرب (٤٠٤/٥)، المصباح المنير (٧٦١/٢)، نيل الأوطار (٢٦٨/٦).

(٢) سبب نزولها، هو ما رواه أبو داود عن ابن عباس، أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البيئة أو حد في ظهرك»، قال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلتبس البيئة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: «البيئة وإلا حد في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله في أمري ما يرى ظهري من الحد، فنزلت: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ فقرأ حتى بلغ: ﴿مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ الحديث. وقيل: لما نزلت الآية في الذين يرمون المحصنات وتناول ظاهرها الأزواج وغيرهم، قال سعد بن معاذ: يا رسول الله، إن وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى أتى بأربعة! والله لأضربنه بالسيف غير مصفح عنه. فقال رسول الله ﷺ: «أتعجبون من غيرة سعد؟ لأننا أغبر منه، والله أغبر مني»، وفي ألفاظ سعد روايات مختلفة، هذا نحو معناها. ثم جاء من بعد ذلك هلال بن أمية الواقفي فرمى زوجته بشريك بن سحماء البلوى على ما ذكرنا.

فجمعهما رسول الله ﷺ في المسجد وتلاعنا. فتلكت المرأة عند الخامسة لما وعظت، وقيل: إنها موجبة، ثم قالت: لا أفضح قومي سائلاً اليوم؛ فالتعنت، وفرق رسول الله ﷺ بينهما، وولدت غلاماً كأنه جمل أورق - على التعنت المكروه - ثم صار الغلام بعد ذلك أميراً بمصر، وهو لا يعرف لنفسه أباً.

أما عويمر العجلاني: فرمى امرأته ولاعن والمشهور أن نازلة هلال كانت قبل، وأنها سبب نزول الآية. وقيل: نازلة عويمر بن أشقر كانت قبل؛ وهو حديث صحيح مشهور خرجه الأئمة. =

ونظر الكتاب في قسمين: القذف، واللعان.

القسم الأول في القذف

وفيه بابان:

الباب الأول

نِما يكون قذفًا من كافة الخلق، وفي موجه

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في ألفاظ القذف

وفيه ثلاثة أقسام: صريح، وكنائية، وتعريض.

أما الصريح: فهو كقوله: «يا زاني» أو «زنيته» أو «زني فرجك»، وكذلك ذكر «النيك» و«إيلاج الفرج» مع الوصف بالتحريم. فهذا لا يقبل فيها تأويل.

أما الكناية: فكقوله للنبطي: «يا عربي»، أو للعربي: «يا نبطي» فإن أراد الزنا فهو قذف، وإلا فلا. ثم إذا أنكر إرادة الزنا توجهت اليمين عليه، وإنما يتم القذف باعتباره بالنية؛ إذ به يحصل الإيذاء التام، ويجب الحد بينه وبين الله تعالى إذا نوى.

قال أبو عبد الله بن أبي صفرة: الصحيح أن القاذف لزوجته عويمر، وهلال بن أمية خطأ. قال الطبري: يستنكر قوله في الحديث: هلال بن أمية، وإنما القاذف عويمر بن زيد بن الجند بن العجلاني، شهد أحدًا مع النبي ﷺ، رماها بشريك بن السحماء، والسحماء أمه؛ قيل لها ذلك لسوادها، وهو ابن عبدة بن الجند بن العجلاني؛ كذلك كان يقول أهل الأخبار. قال الكلبي: والأظهر أن الذي وجد مع امرأته عويمر العجلاني؛ لكثرة ما روى أن النبي ﷺ لا عن بين العجلاني وامرأته، واتفقوا على أن هذا الزاني هو شريك بن عبدة، وأمها السحماء، وكان عويمر وخولة بنت قيس وشريك بنى عم عاصم، وكانت هذه القصة في شعبان سنة تسع من الهجرة، منصرف رسول الله ﷺ من تبوك إلى المدينة. قاله الطبري.

انظر قصة هلال بن أمية: البخاري (٢٣٣/٣)، وأبو داود (٢٢٥٤)، ابن ماجه (٢٠٦٧)، والبيهقي (٣٩٣/٧)، والبغوي (٢٥٩/٩)، والتبريزي (٣٣٠٧)، والسيوطي في الدر المشور (٢٢/٥)، والطحاوي في مشكل الآثار (١٠٩/٤)، والمدارقطني (٢٧٧/٣)، والحاكم (٣٧١/٤)، وابن حجر في فتح الباري (٢٨٣/٥)، (٤٤٨/٨)، (٤٥٠/٩)، وتلخيص الخبير (١٢٤/٣)، والألباني في الإرواء (١٨٢/٧).

وانظر قصة عويمر العجلاني: الترمذي (٣١٧٩)، وابن كثير في تفسيره (١٤/٦)، والبغوي (٥٣/٥)، والزيلعي (٣٠٦/٣)، وابن حجر في فتح الباري (٢٨٣/٥)، (٤٤٥/٩)، (٤٦٣)، والسيوطي في جمع الجوامع (١٠٣٣٩)، والخطيب في الفقيه والمتفقه (١٨٧/٢)، والألباني في إرواء الغليل (١٨٢/٧).

وإن أنكر النية كاذبًا، فهل يلزمه إظهار النية؟ فيه نظر، من حيث إن فيه إيذاء، فيبعد إيجابه، وستر ذلك، لكف الأذى، أولى إلا أن يرهق إليه باليمين، فلا يباح له اليمين الغموس؛ فيلزمه الاعتراف. وقد قال الأصحاب: يجب عليه الإظهار بكل حال، كما لو قال في خفية، فيلزمه الإظهار. وقد ذهب بعض العلماء إلى أنه لا قذف بالكناية؛ لأن الإيذاء لا يتم به.

وأما التعريض: فكقوله: «يا ابن الحلال» وكقوله: «أما أنا فلست بزان» فهذا ليس بقذف وإن نوى؛ لأن اللفظ يشعر به، ولقد جاء رجل من فزارة إلى رسول الله ﷺ وقال: إن امرأتى ولدت غلامًا أسود، معرضًا بزناها، فلم يجعله رسول الله ﷺ قاذفًا، ولكن قال: هل لك إبل؟ فقال: نعم، قال: ما ألوانها؟ قال: حمراء، قال: فهل فيها أسود؟ قال: نعم، قال: فلم ذلك؟ قال: لعل عرقًا نزع، فقال النبي ﷺ: «لعل عرقًا نزع»^(١). وقال مالك، رحمه الله: «التعريض قذف». والحديث حجة عليه.

ويتم النظر في الألفاظ برسم مسائل:

إحداها: إذا قال لامرأة: «زيت بك» فهذا إقرار بالزنا، وقذف للمرأة، فعليه حدان، وكان يحتمل أن لا يجعل قاذفًا؛ لاحتمال أن يفسر بأنها كانت مستكرهة، ولم تكن مختارة، ولكن جعل قاذفًا اعتمادًا على ما يقتضيه الظاهر^(٢).

ولو قال لامرأته: «أنت زانية» فقالت: «زيت بك» فراجعناها، فإن أرادت الزنا قبل النكاح سقط حد القذف عن الزوج، ووجب عليها حدان: حد الزنا، وحد القذف، وللزوج. فإن رجعت سقط عنها حد الزنا، ولا يسقط حد القذف؛ إذ الرجوع لا يسقط حق آدمي، إنما يسقط حدود الله تعالى. ولو قالت: أردت نفى الزنا كما يقول القائل: سرت، فيقول المخاطب: سرت، سرقت معك، فيقبل قولها مع اليمين، ويكون لها طلب حد القذف من الزوج؛ لأن ذلك معتاد في الجواب. وقد اختلف أصحابنا فيما لو قال: لي عليك دينار، فقال: زنه، أنه هل يكون إقرارًا؟

الثانية: لو قال: يا زانية، فقالت: أنت أزني مني، فهو قاذف، وليس هي مقررة. ولا قاذفة للزوج؛ لأنها لم تنسب لنفسها زنا حتى يكون هو زانيًا بكونه أزني منها. ولا

(١) الحديث أخرجه عن أبي هريرة رضي الله عنه البخاري (٥٣٠٥)، ومسلم (١٥٠٠). وأبو داود (٢٢٦٠)، والترمذي (٢١٢٨)، وابن ماجه (٢٠٠٢)، والنسائي (١٧٨/٦).

(٢) هذا القول مرهود بحديث ماعز بن مالك، وفيه دليل على أنه لا يلزم من أقر بالزنا حد القذف إذا قال: زيت بفلانة؛ لأن النبي ﷺ طلب منه تعيين من زنى بها فعينها ثم لم يحده بلقذف. وسيأتي الحديث في موضعه وتحقيق المقام فيه.

نقول: إن الترجيح يوجب المشاركة في الأصل؛ فإن عادة المشاقمة لا تنزل على وضع اللسان. نعم، لو قال: فلان زان، وأنت أزنى منه، فهو قذف للشخصين جميعاً. ولو قال: أنت أزنى من فلان، فليس بقذف.

وكذا لو قال: أنت أزنى من الناس، أو أزنى الناس. ولو قال: في الناس زناة، وأنت أزنى منهم، كان قذفاً. ولا نقول: إنه يعلم أن في الناس زناة وإن لم يذكر، بل ينظر إلى لفظه. ولو قال: أنت أزنى من فلان، وكان قد ثبت زنا فلان بالبينة، وكان القائل جاهلاً، لم يكن قذفاً. وإن كان عالماً، كان قذفاً.

ولو قالت: أردت أنك زان، ولست أنا زانية، فهي قاذفة، فلكل واحد على صاحبه حد، ولا يتقاصان؛ لأن المقاصة في العقوبات، مع تفاوت موقعها في النفوس، لا وجه له. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يتقاصان.

الثالثة: إذا قال للرجل: يا زانية، أو للمرأة: يا زاني، فهو قاذفٌ عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، في الصورة الأولى، والسبب: فيه أن الإشارة تقدم على النحو والتذكير والتأنيث.

ولا خلاف أنه لو قال للرجل: زנית، وللمرأة: زנית، أنه قاذفٌ. ولو قال: زنأت في الجبل، وقال: أردت الترقى فيه، فليس بقاذف. ولو قال: زنيت في الجبل، وقال: أردت الترقى فهل يُقبل؟ وجهان. وجه القبول: أن حذف الهمزة قد يغلب على اللسان، وقرينة ذكر الجبل تشهد له. ونص الشافعي، رضي الله عنه، أنه لو قال: يا زانية في الجبل، أنه قذف. وقيل: يفرق بين البصير في العريضة، والجاهل؛ فلا يقبل حذف الهمزة من البصير.

الرابعة: إذا قال: زنى فرجك، فهو قذفٌ، ولو قال: زنى عينك، أو يذك، أو رجلك. ففيه وجهان. وظاهر ما نقله المزني، رحمه الله، أنه قذف. وهو فاسد؛ إذ قال عليه السلام: «العينان تزنيان، واليدان تزنيان»^(١).

(١) الحديث بهذا اللفظ: أخرجه أحمد (٤١٢/١)، والطبراني (١٩٢/١٠)، والهيتمي (٢٥٦/٦)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٢٥/٣)، والزيلعي (٢٤٨/٤)، والمتقى الهندي (١٢٥/٧)، والعجلوني (١٠٠/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٤٩/٤)، وأبو عيم (٩٨/٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢٩٨/٣)، والألباني في إرواء الغليل (٣٨/٨)، وللحديث شاهد صحيح من طرق عن أبي هريرة، وابن عباس أخرجه البخاري (٦٢٤٣)، ومسلم (٢٦٥٧)، وأبو داود (٢١٥٢)، وأحمد (٢٧٦/٢)، والبيهقي (٨٩/٧)، (١٨٦)، والسيوطي في جمع الجوامع (٤٩٣١)، وابن حجر في الفتح (٢٦/١١)، (٥٠٢، ٥٠٣)، وابن=

ومن جعله قاذفًا قال: ذكر صريح الزنا وأضافه إلى البعض، ومن ضرورة الإضافة إلى البعض الإضافة إلى الكل، ولو خرج ذلك عن كونه صريحًا لكان قوله: «يا زاني» غير صريح؛ إذ له أن يفسر فيقول: أردت بالزاني العين.

الخامسة: إذا قال لولده: لست مني، أو لست ولدي، ثم قال: أردت أنك لست تشبهني خلقًا وخلُقًا، لم يكن قاذفًا. نص عليه. ونص أن الأجنبي إذا قال: لست ولد فلان: أن ذلك لا يقبل منه، ويكون قاذفًا. فمنهم من قال: قولان بالنقل والتخريج، وإليه مِيلُ المزنِي، رحمه الله:

أحدهما: أنه يقبل منه؛ لِعُرْوِ اللفظ عن ذكر الزنا، واحتمال ما قاله. والثاني: أن ذلك لا يفهم منه في العادة.

ومنهم من فرق، بأن الأب يحتمل منه ذلك في معرض التأديب دون الأجنبي. والأقيس: أنه كناية في الموضعين جميعًا؛ إذ ربما ينسب إلى الوطء بالشبهة، أو ينكر ولادته على فراشه. ثم إذا فسر بشيء من ذلك، فلا يخفى كيفية فصل الخصومة في نفس الولد ولحقه.

السادسة: إذا قال للولد المنفي باللعان: لست من الملائع. فإن أراد به النفي الشرعي، فليس بقاذف. وإن كان أراد تصديق الملائع في نسبة الولد إلى الزنا، فهو قاذف. ولو قال لقرشي: لست من قريش، فإن قال: أردت أن واحدة من أمهاته في الجاهلية زنت، فليس بقاذف؛ لأنها غير معينة. ومن قال: واحد من أهل البلد زنى، أو الناس زناة، فلا يكون قاذفًا ما لم يعين.

الفصل الثاني: في موجب القذف

والقذف يوجب التعزير، إلا إذا صادف محصنًا فيوجب الحد ثمانين جلدًا^(١).

وحصان الإحصان: التكليف، والإسلام، والحرية، والعفة عن الزنا الموجب للحد؛ فإن من ثبت منه الزنا، فكيف يُصان عرضه، مع أن القاذف صادق؟! نعم، يُعزر. وأما الوطء الحرام الذي لا يوجب الحد لقيام ملك، أو شبهة ملك، فهل يبطل الإحصان؟ فيه خلاف، وله درجات. فإذا وطء مملوكة المحرمة برضاع أو نسب، ففيه وجهان وفي

= الجوزي في زاد المسير (٧٦/٨)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٨٦)، والأباني في إرواء الغليل (١٩٨/٦).

(١) هذا من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٢٤].

الجارية المشتركة، أو جارية الاين، وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يبطل الإحصان. وفي مذهب الشافعي، رضى الله عنه، إذا وطء فى النكاح بلا ولي، وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يبطل. وفي الوطء بالشبهة وظن الزوجية وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يبطل. ووجه إبطاله: أن ذلك يدل على قلة التحفظ. ولو كان قد جرى صورة الفاحشة فى الصبي، فوجهان مرتبان على الوطء بالشبهة، وأولى بأن لا يبطل.

أما الوطء فى الحيض والصوم والإحرام، فلا يبطل. وفيه وجه بعيد: أنه يبطل. أما مقدمات الوقاع، من اللمس، والقبلة، فلا تسقط الإحصان.

فروع: الأول: لو زنى المقتوف بعد القذف وقبل الحد، نص أن الحد يسقط. ونص فى الردة: أنه لا يسقط. وعلل ذلك بأن الزنا لا يقع هجومًا، بل يتقدمه فى الغالب مُراوداتٌ تقدح فى المروءة. وهذا ضعيف؛ لأن المراودات السابقة لا تبطل الإحصان، ولا يمكن أن يقال: الزنا لا يقع هجومًا؛ فإنه لا بد وأن يكون له أول، والردة أيضًا لا تخلو عن تقدم تردداتٍ، بل السبب: أن من ثبت زناه فى الحال، يبعد أن يجلد ظهر غيره لصيانة عرضه، وهو قد هتك عرضه، بخلاف المرتد إذا عاد، فإن العرض قائم، وقد كان الإسلام موجودًا عند القذف.

وقال المزنى، رحمه الله: «لا يسقط بطران الزنا كما لا يسقط بطران الردة». وقيل: هو قول قديم للشافعي، رضى الله عنه.

الثانى: من زنى مرة فى عمره، ثم عاد وحسنت حاله. قال القاضى: لا حدٌ على قاذفه؛ لبطلان إحصانه فإن اسم الزانى لا يسقط عنه. وهذا بعيد فيما إذا صرح بقذفه بزنا جديد، ولكن كأن العرض إذا انخرم بالزنا، فلا يزيله الخلل بالعفة بعده.

الثالث: لو أقام القاذف بينة على زنا المقتوف سقط عنه الحد، ويكفيه لذلك شاهدان، ولو عجز فطلب يمين المقتوف على أنه ما زنى، ففيه قولان:

أحدهما: لا يجب؛ لأن ظاهره الإحصان، ولا عهد باليمين على نفى الكبائر.

والثانى: نعم؛ لأنه لو أقر به لسقط عنه الحد، فليحلف أو لينكل حتى يحلف القاذف.

الرابع: لو مات المقتوف قبل استيفاء حد القذف، ثبت الحد والتعزير لوارثه؛ لأن الغالب عندنا فى حد القذف حق الآدميين. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يورث.

واعترف بأنه لو قذف ميتًا، فلوارثه طلب الحد ابتداءً.

ولو قذف مورثه، فمات المورث سقط الحد؛ لأنه صار شريكًا فى استحقاق الحد على نفسه. ثم فيمن يرث ثلاثة أو جه:

أحدها: أنه يوزع على فرائض الله تعالى. والثاني: أنه يختص بالنسب؛ إذ لا مدخل للزوج في حماية العرض ودفع العار.

والثالث: أنه يختص بالعصبات من النسب الذين لهم ولاية التزويج لدفع العار. وعلى هذا لا يستحق الابن. ومنهم من قال: يستحق؛ لأنه أقوى العصبات في الميراث.

ولو عفا أحد الورثة سقط الكل على وجه؛ لأنه لا يتجزأ. ولم يسقط على وجه؛ لأنه يستحيل أن يبطل حق الباقي من غير بدل بخلاف القصاص الذي له بدل. والثالث: أنه يوزع، فيسقط مصيبه.

الخامس: إذا قذف المحنون بزنا قبل الجنون، فالحد يجب، ونصبر إلى إفاقته، وليس للولى الاستيفاء؛ لأنه متعلق بتشفى الغيط، فلو مات ثبت لوارثه.

ولو قذف مملوك، فحق طلب التعزير له، لا لسيده؛ لأنه من خواص حقوقه. بل لو قذفه سيده استحق العبد تعزيره على المذهب الظاهر. ومنهم من قال: يقال له: لا تُعذ، فإن عاد يعزر كما يعزر لو زاد في استخدامه على الحد الواجب.

ولو مات العبد بعد استحقاق التعزير على أجنبي، فهل يستوفيه السيد؟ فيه وجهان، ووجهه: أنه أولى الناس به إلا أنه لا قرابة.

الباب الثاني في قذف الأزواج خاصة

وفيه فصول:

الفصل الأول فيما يبيع القذف واللعان، أو يوجه

واعلم أن قذف الزوج في إيجاب الحد والتعزير، كقذف الأجانب، ولكن لا يفارق الأجانب في ثلاثة أمور:

أحدها: في أنه قد يباح له القذف، ويجب عليه لضرورة نفى النسب. والثاني: أن العقوبة التي تتوجه عليه، من حد وتعزير، تندفع باللعان. والثالث: أن المرأة تتعرض لحد الزنا بلعانه إلا إذا دفعت عن نفسها باللعان؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ﴾ [النور: ٨].

وإنما يباح له القذف إذا استيقن أنها زنت، أو غلب على ظنه ذلك. ولكن إذا لم يكن ولد، فالأولى أن يطلقها ولا يقذف، ولا يلاعن، ولكن لو فعل لم يأت. وهذا فيه غموض، ولكن كأن القذف واللعان، كالانتقام منها حيث لطخت فراشه.

ثم تحصل الغلبة على الظن بقول عدل حكى مشاهدته الزنا. وتحصل مهما استفاد

بين الناس أن فلاناً يزني بها إذا رأى مع ذلك مخيلة، بأن رآها معه في خلوة. فإن تحرد أحد المعنيين لم يحل له ذلك؛ لأن الخلوة مرة، لا تدل على الزنا. نعم، لو رآها معه تحت شعار، على نعتٍ مكروه: حل له القذف، وإن كان لا تحمل الشهادة بهذا القدر. وإن رآها في الخلوة مراراً متكررة، فهذا قريب من المرة الواحدة إذا انضمت إليه الشيوخ؛ فإن مستند أهل الاستفاضة، هو مشاهدة ذلك مراراً.

أما نفى الولد باللعان، فإنما يجوز بينه وبين الله تعالى إذا تيقن أن الولد ليس منه، بأن لم يكن وطنها، أو كان يعزل قطعاً، أو أنت بولدي قبل ستة أشهر من وقت الوطء. وقال مالك، رحمه الله: لا مبالاة بالعزل، وليس له اللعان إذا اعترف بالوطء، وأمكن إحالة الولد عليه.

أما إذا استبرأها بحیضة بعد الوطء، ثم أنت بولدي، فهذا هل يبيح النفي؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأن ذلك أمانة شرعية على النفي، ولذلك يندفع النسب عن التابع. والثاني: أنه إن ظهر مع ذلك أمانة الزنا: جاز، وإلا فلا يجوز؛ لأن الحيض ليس بقاطع، والحامل قد تحيض. والثالث: أنه يجوز، ولكن حيث يجوز النفي يجب؛ لأن السكوت عن إلحاق الباطل حرام، إذ النسب يتعلق بأحكام كثيرة، ولكن هاهنا وإن جاز، فلا يجب.

وقال الإمام: لا يبعد أن لا يوجب اللعان؛ لأنه إفصاح وقدر في المروءة، فنقول: إنما يحرم الاستلحاق كاذباً، أما إذا ألحق القراش به وهو ساكت، فلا يبعد أن لا يحرم السكوت. وهذا غير منقذ في صورة اليقين؛ لأن أمر النسب عظيم، فلا يقضى عليه بالرسوم والمروءات.

ولا خلاف في أنه لا يحل النفي بمجرد مشابهة الولد لغيره في الخلق والخلق، ولمخالفته للولد في الحسن والقبح. نعم، لو كان الأب في غاية البياض، والولد في غاية السواد، أو العكس: ذكر العراقيون وجهين. وهذا ينقذ إن كان مع ذلك تظهر مخيلة الزنا، فأما مجرد ذلك فلا؛ فلعل عرقاً قد نزع. وأبو حنيفة، رحمه الله، حيث يلحق ولد المشرقي بالمغربى، فلا شك في أنه يبيح القذف، ويحرمه عند إمكان العلوق بالوطء، ونحن لا نلحق النسب إلا بعد ستة أشهر من وقت إمكان الوطء.

فروع: إذا أنت بولدي لمدة الإمكان، ولكن الزوج رآها تزني، واحتمل أن يكون من الزنا. فلو قذف ولاعن: انتفى في الظاهر؛ بدليل قصة العجلاني، ولكن لا يباح له ذلك مع تعارض الاحتمال. ثم قال الأصحاب: ليس له القذف واللعان إن ترك نفى النسب.

وقد صرحوا بجواز القذف إذا لم يكن ولدٌ، لمجرد الانتقام من الزنا، فهذا محتمل، وغاية تعليقه: أنه إذا كان ثم ولد، لم يجوز نفيه، فنسبتها إلى الزنا بغير الولد وتطلق الألسنة في نسبه. فلا يقاوم هذا الغرض غرض التشفي، فليقتصر على طلاقها إن أراد؛ نظراً لولده والذي لحقه.

الفصل الثاني في أركان اللعان ومجاريه

وللعان سبب وهو القذف، وثمرة، وأهل، أعنى الملاعن، فهذه ثلاثة أركانٍ سوى ألفاظه.

الركن الأول: الثمرة. وثمرته أربعة: نفى النسب، أو قطع النكاح، أو دفع عقوبة القذف، أو دفع عار الكذب في القذف.

أما نفى النسب في النكاح، إن تجرد، جاز اللعان لأجله، وإن لم تكن عقوبة بعفوها مثلاً. وكذلك إن لم يكن قطع نكاح، بأن كان قد أبانها. ولو تجرد غرض الدفع للعقوبة، ولم يكن ولدٌ ولا قطع نكاح، جاز اللعان، كما لو قذفها وأبانها، ولم يكن ولدٌ. ولا فرق بين أن تكون العقوبة حداً أو تعزيراً، بأن تكون الزوجة أمةً، أو ذميةً، أو غير محصنة على الجملة. وفيه وجه بعيد: أن اللعان لدفع التعزير غير جائز. وهو ضعيف؛ فإنه عقوبة مخدورة، وقد تنتهي إلى قريب من الحد. وهذا إذا كان التعزير لتكذيبه، فيكون له غرض في تصديق نفسه، وفي دفع العقوبة، فيجتمع الغرضان.

فإن كان تعزير تأديب لا تعزير تكذيب، مثل أن ينسبها إلى زناً قد قامت البينة عليه من قبل، أو اعترفت به: فيؤدب؛ لإيذائه بتجديد ذكر الفاحشة عليها. وقد نقل المزني، رحمه الله، هاهنا أنها إن طلبت ذلك، عُرِّر ولم يلتعن.

ونقل الربيع، رحمه الله: عُرِّر إن لم يلتعن، فمنهم من قطع بأنه يلاعن، وغلط المزني، رحمه الله. ومنهم من قطع بأنه لا يلاعن، وغلط الربيع، ومنهم من قال: قولان. والأصح: أنه لا يلتعن؛ لأن اللعان حجة تصديق، فكيف يقام على ما ثبت صدقه، وإنما اندفاع العقوبة تابع لظهور صدقه باللعان، وهذا معترف به، فلا يزيده اللعان وضوحاً.

فرعان: أحدهما: أن طلب العقوبة إليها لا إلى السلطان، فإن عفت، فهل يلاعن إذا لم يكن غرض آخر من نسبٍ يلدغ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن دفع عار الكذب مقصود أيضاً، وإفضاها أيضاً، للانتقام منها، مقصود باللعان المؤبد للحرمة، فله إقامة الحجة، وإنما يندفع هذا باعترافها لا بعفوها.

والثاني: أنه لا يلاعن؛ لأن هذا غرض ضعيف، واللعان حجة ضرورة، فلا بد من

غرضٍ مُهِم، كدفع النسب أو العقوبة، أما قطع النكاح فممكن بالطلاق.

أما إذا سكنت عن الطلب، فوجهان مرتبان، وأولى بجواز اللعان؛ لأن غرضه الطلب. وهذا الخلاف يرجع إلى أن طلب العقوبة، هل هو شرط اللعان، إذا لم يكن ثمة غرض من: دفع نسب، وقطع نكاح؟ وإن كانت بخنوة، فوجهان مرتبان على العفو، وأولى بالجواز.

الثاني: لو قال: زنى بك ممسوخ، أو قال للرتقاء: زيت، فهو كلام محال، وليس فيه إلا التعزير؛ للإيذاء، ولا سبيل إلى اللعان؛ إذ كيف يمكن من أن يحلف على ما يعلم أنه كذب فيه؟ وذكر العراقيون فيه وجهين كما في تعزير التأديب. وهو بعيد.

الركن الثاني: الملاعن: وشرطه أهلية اليمين مع الزوجية.

أما أهلية اليمين، فنعني به أنه لا يشترط أهلية الشهادة فيصح لعان العبد، والذمي، والمحدود في القذف، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

ثم الذمي لا يجبر على اللعان إلا إذا رضى بحكمنا. فإن طلبت المرأة اللعان، وامتنع الزوج، فهل يجبر؟ فيه قولان يجريان في كل خصومة تجرى بين أهل الذمة إن رضى بحكمنا أحد الخصمين. أما إذا لاعن، وامتنعت ولم ترض بحكمنا: لم نجبرها على اللعان ولا على الحد؛ فإن الحد حق الله تعالى، لا حق الزوج فلا غرض للزوج في لعانها. وهكذا لو قذف المسلم زوجته الذمية فامتنعت، فلا نجبرها وإنما عليها حد الزنا، وهو حق الله تعالى لا حق الزوج. نعم، المسلمة إذا امتنعت من اللعان، ولم يطلب الزوج لعانها، عرضناها لحد الزنا حتى تلاعن إن شاءت الدفع. ومن أصحابنا من أجرى القولين في إجبار المرأة الذمية. وهو بعيد.

الشرط الثاني: الزوجية: فلو قذف الأجنبية، فلا يلاعن. والنظر في نكاح ضعيف بالطلاق، أو الردة في النكاح الفاسد.

أما الرجعية، فيلاعن عنها، ولا يتوقف على الرجعة، بخلاف الإيلاء والظهار؛ لأن مقصود اللعان نفى النسب والتحريم المؤبد ودفع الحد، وكل ذلك لا يتنافيه حال الرجعة.

أما إذا ارتد بعد المسيس فقذف، أو كان قذفه بزنا قبل الردة، فإن لاعن في الردة، ثم عاد إلى الإسلام: صح لعانه كما صح لعان الذمي، فإن أصر تبين فساد لعانه، وعند ذلك هل يقضى بوجوب الحد مع جريان لعان فاسد؟ فيه وجهان، سنذكر مأخذهما.

أما إذا نكح نكاحاً فاسداً، أو وطئ بالشبهة، ثم قذف فإن كان ثم نسب تعرض

للحقوق، وأراد نفيه، فيلاعن ويندفع الحد؛ لأن اللعان عندنا مستقل بمقصود نفى النسب خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، وإن لم يكن ثم نسب، فهو كالأجنبي، لا يلاعن وعليه الحد.

فإن ظن صحة النكاح، فلاعن عند القاضي، ثم بان فساده، فهل تندفع العقوبة؟ فيه وجهان كما في المرتد المصر:

أحدهما: لا؛ لأن اللعان فاسد. والثاني: نعم؛ لأن الحد يندفع بالشبهة، وهذه حجة قامت على ظن الصحة في مجلس القاضي.

ثم مهما جرى اللعان في النكاح الفاسد، ففي تعلق الحرمة المؤبدة به خلاف، مأخذه: أنه لم ينفذ تحريماً، فكان التأييد تابع للحرمة، وقد كانت هي محرمة. وكذلك في لعانها خلاف، يرجع حاصله إلى أنها، هل تتعرض للحد بسبب لعانها؟ فمنهم من قال: نعم؛ لقيام حجة صحيحة على زناها. ومنهم من قال: لا؛ لأن إيجاب الحد عليها بعيد عن القياس، فيختص بمقصود الانتقام من تلطيخ الفراش، فلا يجرى إلا في نكاح صحيح.

أما إذا قذف في نكاح صحيح، ثم أبانها، فله أن يلاعن لدرء النسب إن كان، أو لدفع العقوبة؛ لأنه جرى القذف حيث كان معذوراً، فكان يجوز له اللعان، فلا يتغير بما يطرأ بعد ذلك.

أما إذا قذفها في النكاح، بزناً قبل النكاح: فإن لم يكن نسب ينفيه باللعان، لم يلاعن. وإن كان، فوجهان. ووجه المنع: أنه قصر؛ إذ ذكر التاريخ، فكان ينبغي أن يقتصر على القذف واللعان.

أما إذا قذف بعد البينة. فإن كان ثم ولد، فله اللعان، وإلا فلا؛ لأنه قذف أجنبية. وفيه وجه: أنه إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح، لاعن. وهذا لا وجه له.

فروع: الأول: إذا قذفها، فلاعن، ثم أبانها، ثم قذفها: فلا لعان؛ لأنه قذف بعد البينة. وأما الحد فينظر: فإن قذفها بذلك الزنا الذي لاعن عنه، فلا حد، ولكن يلزمه التعزير للإيذاء. ولو قذفها بزنية أخرى، فقولان:

أحدهما: وجوب الحد كما إذا لم يتقدم لعان. والثاني: لا؛ لأنه سقطت حصانتها في حقه بحجة اللعان.

ومن أصحابنا من قطع بالوجوب، وقال: اللعان حجة ضرورة، وهو حجة قاصرة. كيف، وقد عارضه لعانها فتساقط، فلا وجه لإسقاط الحصانة، نعم. إذا حدث ولم

تلاعن، ففيه وجهان مشهوران.

أما إذا قذفها بزناً منسوب إلى ما قبل اللعان، سوى الزنا الذي لاعن عنه، فقد صادف حالة الحصانة فالظاهر أنه يجب وفيه وجه: أن انخراص الحصانة ينعطف حكمه على ما سبق، فلا يجب في الحال وهي غير محصنة في حقه.

أما إذا كان القذف من أجنبي، فهو أولى بالتزام الحد؛ لأن تسرية حكم اللعان إلى غير الزوجين أبعد.

الثاني: إذا قذف أجنبية، ثم نكحها، ثم قذفها، ففي تعدد الحد مع اتحاد المقذوف قولان: فإن قلنا: يتعدد، فإن لم يلاعن استوفى الحدان، وإن لاعن استوفى أحدهما. وإن قلنا: الحد متحد، فيستوفى حد واحد، وإن لاعن؛ فإن الحد الأول لا يؤثر فيه اللعان، وإنما يندرج تحت الحد الثاني إذا استوفى.

الثالث: المذهب الصحيح أن النسب في ملك اليمين لا ينفي باللعان؛ لأن اللعان ورد في النكاح. فلو اشترى زوجته الرقيقة، فأنت بولدٍ لزمان لا يحتمل أن يكون من ملك اليمين، فله النفي باللعان كما بعد البنونة بالطلاق. وإن احتمل أن يكون من النكاح وملك اليمين جميعاً لم يلاعن؛ لأن الفرائش الأخير يقطع الفرائش الأول، وينسخه. ولذلك إذا نكحت زوجاً آخر، وأنت بولدٍ لزمان يحتمل العلوق من الأول والثاني ألحق بالثاني قطعاً، حتى فرع ابن الحداد على هذا وقال: لو ادعى المشتري الاستبراء بعد الوطء لم يلحقه الولد. ملك اليمين؛ للاستبراء، ولا يملك النكاح، لانقطاع ذلك الفرائش بفرائش ملك يمين. وطابقه عليه جماهير الأصحاب وفيه وجه: أنه يلحقه، وأن ملك اليمين لا يقطع حكم فراش النكاح من كل وجه.

الركن الثالث: القذف: والقذف المسلط على اللعان: نسبتها إلى الوطء الحرام كالزنا، ولو نسبتها إلى زنا هي مستكرهة فيه، والوطء زان، فوجهان:

أحدهما: أنه يجري اللعان لنفي النسب. والثاني: لا، لأن القذف مخصوص في كتاب الله تعالى بالرمي الذي يحتاج فيه إلى الشهادة وهو الزنا؛ لأن اللعان انتقام منها وإفضاخ. والمستكرهة لا تستحق ذلك.

ولو نسبتها إلى وطء شبهة تشتمل الشبهة الجائنين، فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا يجري. وقطع العراقيون بأنه لا يجري؛ لأن الولد يمكن أن يلتحق بالوطء بالشبهة، فيدور بينهما، ويعرض على القائف، فلعله يلحقه به، وإنما اللعان لنفي ولدٍ لا يكون له

نسب^(١)، وهذا إما يتجه إذا اعترف الواطئ بالشبهة بالوطء، فإن لم يعترف فلا بد من تجويز اللعان لأجل النسب.

أما إذا قال: ليس الولد مني، ولم يُضف إلى جهة، ففيه تردد؛ لأنه دائر بين المستكره، وبين الشبهة، وبين الزنا.

ولا يشترط في القذف أن يقول: رأيتها تزني، ولا أن يدعى الاستبراء خلافاً لما لك، رحمة الله عليه.

الفصل الثالث في فروع متفرقة

وهي خمسة: الأول: إذا قذفها بأجنبي، تعرض لحد الأجنبي. فإن لاعن سقط عنه الحد عند الشافعي، رضي الله عنه؛ لأنه أقام حجة على عين تلك الزانية، فصدق من وجه، والحد يسقط بالشبهة. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: أثر اللعان مقصور على الزوجين، فلا يتعدى إلى الأجنبي.

وهذا إذا ذكره في اللعان، فإن لم يذكره في اللعان، فقولان:

أحدهما: السقوط؛ للشبهة، ولقصة العجلاني، فإنه لم يذكر شريك بن السحماء في اللعان، وذكره في القذف. والثاني: يجب، وهو القياس؛ لأنه لم يقم عليه حجة.

وأما ابن السحماء فلعله لم يطلب. ونشأ من هذا نظر، وهو أنه عليه السلام، لم ينبه ابن السحماء على ثبوت حد القذف له. فذكر صاحب «التقريب» وجهين في أن من قذف عند القاضي، فهل على القاضي أن ينبه المَقْدُوف؟.

أحدهما: لا؛ لقصة شريك بن السحماء. والثاني: نعم؛ لقصة العسيف^(٢)؛ إذ قال ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»^(٣)؛ إذ لم يكن الغرض إقرارها للرجم، بل إنكارها؛ ليثبت حد القذف.

الثاني: إذا قذف نسوةً بكلمة واحدة، ففي تعدد الحد قولان. فإن قذف امرأته

(١) مرجع هذا في أيامنا إلى علم الطب فهو قائف زماننا. «والقائف»: هو من يحس معرفة الأثر وتبعه. انظر: المعجم الوسيط (٧٦٦/٢).

(٢) [العسيف]: الأخير المستهان به. جمع: عسفاء، وعسفة. انظر: المعجم الوسيط (٦٠١/٢).

(٣) الحديث أخرجه البخاري (٢٤١/٣)، ٢٥٠، ٨، ١٦١، ٣٠٨، ٢١٢، ٢١٤، ١٤/٩، ٩٤، ١١٠، ومسلم (الحدود ب ٥ رقم ٢٥)، وأبو داود (الحدود ب ٢٥)، والبيهقي (٢١٢/٨)، ٢١٣، ٢٢٢، والحميدي في مسنده (٨١١)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢١/١)، وابن عبد البر في التمهيد (٧١/٩)، وابن حجر في فتح الباري (٣٠١/٥)، ١٨٥/١٣، ٢٤٩، وابن كثير (٣/٦).

وأجنبية بكلمة واحدة، فقولان مرتبان وأولى بالتعدد؛ لانقسام حكمهما في اللعان. ولو قال لزوجته: يا زانية بنت الزانية، فقد قذفها وأما بكلمتين، فعليه حدان. وهل يقدم حد المَقْذُوف أولاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو قُتل شخصين. والثاني: لا؛ كما لو أُلْف مال شخصين.

فإن قلنا: يقدم، ففي مسألتنا، المقدم البنت، فيقدم الحد أو اللعان؟. وقيل: إن الأم هاهنا تقدم؛ لأن حق البنت يعرض للسقوط باللعان دون الأم. ثم مهما حددناه بواحد، أمهلناه حتى يبرأ جلده، ولا نوالى بين الحدود. ولو قذف أربع نسوة بكلمة واحدة، وقلنا: يتحد الحد، ففي تعدد اللعان وجهان، ينظر في أحدهما إلى اتحاد الصيغة والملاعن. وفي الثاني إلى تعدد النسوة، مع أن هذه حجة تبعد عن التداخل.

فإن قلنا: يتحد اللعان، فذلك ينفع إذا توافقن في الطلب، أو قلنا: لا يشترط طبعهن اللعان. فإن طلبت واحدة، وقلنا: يشترط طلبها، فلا بد من اللعان عنه، ثم يستأنف لعاناً للباقيات.

وحيث قلنا: يتعدد، فلو رضين بلعان واحد، فلا أثر لرضاهن. وكذلك لو رضى جماعة من المدعين بيمين واحدة، لم يؤثر ذلك في تغيير وصف الحجاج. أما إذا قذف امرأة واحدة مرتين بزنيين، ففي تعدد الحد واللعان أيضاً خلاف؛ لاتحاد المَقْذُوف وتعدد الصيغة.

الثالث: إذا ادعت عليه القذف، فأنكر، فأقامت البينة، فأراد اللعان: فإن كان قد أنكر بالسكوت، أو قال: أردت بالإنكار أنه لم يكن قذفاً، بل كان حقاً، فله اللعان، وإن لم يؤول إنكاره، فوجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه أنكر القذف، ولا لعان إلا بقذف، فلينشئ قذفاً إن أراد، ويستفيد به درء حد القذف الذي ثبت بالبينة أيضاً.

والثاني: أن يلاعن، وإنكاره يحمل على المعتاد في الخصومات، كما لو ادعى عليه ملك، فقال: اشتريته من زيد وكان يملكه فانتزع من يده بالبينة، فرجع على زيد بالثمن. ولا يؤخذ بإقراره له بالملك.

أما إذا قال: «ما قذفتك، وما زنيته» فلا يلاعن، إلا إذا أنشأ قذفاً بالزنا يحتمل أن يكون قد طرأ بعد شهادته لها بالبراءة، فإن لم يحتمل فلا يلاعن، وأطلق القاضي القول بجواز اللعان.

الرابع: إذا امتنع الزوج عن اللعان، أو الزوجة، فعرضناهما للحد، فرجعا إلى اللعان،

مكناهما من ذلك، وليس هذا كاليمين لا يجوز الرجوع إليها بعد النكول، بل يلحق اللعان بالبينة في هذا المعنى. ولو قال بعد أن حُدَّ، أَلَا عَيْنُ. قال الأصحاب: لم يُمْكِرْ؛ لأنه لا فائدة. قال القفال: إن كان ثَمَّ ولد، يُمكن منه، وإلا فلا.

الخامس: إذا قال: «زنيته وأنتِ مجنونة، أو أمة، أو مشركة»، وعُهد لها تلك الحال، فلا يجب إلا التعزير، وكان كما لو أضاف إلى الصغر. وإن لم يعهد، ولم يَقم الزوج عليه بينة، سقطت الإضافة، وعليه الحد. وفيه وجه: أنه لا حد؛ لأنه إذا انتفى تلك الحال، انتفى المضاف إليه.

ولو قال: زنيته مستكرهة، ففي وجوب التعزير خلاف؛ لأن ذلك يُعَيِّرُها وإن لم ينسبها إلى معصية. ثم الصحيح أنه يلاعن لدفع التعزير كما يلاعن لدفع الحد.

الركن الرابع في صيغة اللعان

والنظر في أصله، وتغليظاته، وسننه.

النظر الأول: في أصل كلماته: وهو أن يقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله، إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، وإن الولد من الزنا، وليس مني، إن كان ثَمَّ ولد، ويقول في الخامسة: لعنة الله علىَّ إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به. وتقابله المرأة، فتشهد أربع مرات بالله، إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتقول في الخامسة: غضب الله علىَّ إن كان من الصادقين فيما رماني به. ويجب على الزوج إعادة نفى الولد في كل شهادة، فإن تركها مرة لم تحسب.

ولا يجب على المرأة إعادة أمر الولد؛ إذ لا يتعلق إثباته بلعانها. ولا تقوم عندنا معظم الكلمات مقام الكل، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

والصحيح: أنه يتعين لفظ «الشهادة»؛ فلا يجوز إبدالها بالحلف. وأنه يتعين لفظ «اللعن» و«الغضب» من الجانبين. ويجب رعاية الترتيب بتأخير اللعن والغضب. ونحب الموازنة بين الكلمات. وكل ذلك ميل إلى التباعد لخروج الأمر عن القياس. وفيه وجه: أنه يجوز إبدال الشهادة بالقسم، وإبدال اللعن بالغضب، وكذا عكسه، وأن الترتيب والموازنة لا تشترط، وكل ذلك تشوف إلى اتباع المعنى.

فروع ثلاثة: الأول: يصح عند الشافعي، رضي الله عنه، لعان الأخرس وقذفه، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. مع أن الأصح أنه لا تقبل شهادته، ولكن يغلب مشابه اليمين في اللعان. ولكن لا يمكن فهم اللعن والغضب منه، وهو تبعد لفظي؛ فالطريق أن يكلف الكتابة مع الإشارة إن قدر، أو يقول له ناطق: لعنة الله عليك إن كان كذا، فيقول: نعم.

أما إذا اعتقل لسانه بعد القذف، وقال أهل الصناعة: إنه سينطلق لسانه على قرب أمهلهناه، كذلك قال الشافعي، رضي الله عنه. ومن الأصحاب من قال: لا مزيد في مهلته على ثلاثة أيام؛ إذ تأخير حد القذف إضرار بالمقذوف.

ومهما لاعن بالإشارة، ثم انطلق لسانه فقال: «لم أرد قذفاً ولا لعاناً» لم يقبل.

الثاني: الأعجمي العاجز عن العربية، يُلقن معنى «اللعن» و«الغضب» بلسانه، كما في كلمة «التكبير» و«النكاح».

ثم القاضي ينصب ترجماناً، ولا بد من العدد؛ لأنه في حكم شهادة. وهل يكفي باثنين، أم لا بد من أربع لما فيه من إثبات زناها؟ فيه خلاف.

الثالث: لو مات الزوج في أثناء كلمات اللعان لم ينقطع النكاح ولحق النسب، ولم تقم الورثة مقامه في اللعان أصلاً.

وإن ماتت المرأة في خلال لعانه، استكمل الزوج إن كان ثمَّ ولد، فإن لم يكن، فلا حاجة إلى لعانه إن قلنا: إن الزوج يرث حد القذف، ويتضمن سقوط بعضه سقوط الكل.

النظر الثاني في التغليظات: وهي بالزمان، والمكان، والجمع.

أما الزمان: فبأن يؤخر إلى العصر، فإنه وقت شريف. وإن لم يكن طلب حثيث، فإلى العصر من يوم الجمعة.

أما المكان: فبأن يلاعن في أشرف المواضع. فإن لاعن. وهو بمكة، فبين الركن والمقام. وبالمدينة، فبين المنبر والقبر. وبالقُدس عند الصخرة. وفي سائر البلاد في مقصورة الجامع. ويلاعن الذمي في أفضل موضع عندهم، من بيعة وكنيسة، سوى بيوت الأصنام، فلا يأتيها أصلاً. وفي بيوت النيران للمجوس خلاف. والظاهر أن الزنديق يغلف عليه بهذه الجهات ليناله شؤمه، وإن لم يعتقد. والحائض تلاعن على باب المسجد. واعترض المزني، رحمه الله، وقال: جُوز للمشاركة اللعان في المسجد، وربما تكون حائضاً.

واختلفوا في المشرك الجُنُب. فمنهم من قال: لا يؤخذون بتفصيل شرعنا في الأحكام وإن كانوا يؤخذون عند الله تعالى.

أما الجمع: فلا بد من حضور جماعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، ولا ينبغي أن ينقصوا عن عدد شهادة الزنا.

والتغليظ بالمكان مستحبٌ أو مستحقٌ؟ فيه قولان. وفي التغليظ بالزمان والجمع طريقان: منهم من قطع بالاستحباب. ومنهم من قال: قولان.

أما جريان ذلك في مجلس الحكم فشرط قطعاً، فلو تلاعنا في البيت، لم يصح إلا عند المحكم على قول جواز التحكيم في العقوبات.
النظر الثالث في السنن، وهي ثلاثة:

الأول: أن رسول الله ﷺ لا عن بين العجلاني وزوجته على المنبر، فقيل: كان العجلاني على المنبر، ولعله الأليق؛ للشهرة.

وقيل: كان الرسول ﷺ على المنبر. فعلى هذا: يُسن للقاضي صعود المنبر.

الثاني: أن يهدد كل واحدٍ من الزوجين، ويخوفهما بالله، فلعلهما يتصادقان، فيقول للرجل ما قال رسول الله ﷺ: «أما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، اختجب الله عنه، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين»^(١) ويروى للمرأة قوله عليه السلام: «أما امرأة، أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته»، وحديث المعراج: أنه ﷺ مرَّ بنسوة معلقات بثديهن، فقال لجبريل عليه السلام: من هؤلاء؟ فقال جبريل عليه السلام: «هُنَّ اللاتي ألحقن بأزواجهن من ليس منهم، يأكل خرائبهم، وينظر إلى عوراتهم»^(٢).

الثالث: أن يأتي الرجل عند الخامسة رجل من ورائه، فيضع يده على فيه، ويقول صاحب المجلس للملاعن: اتق الله؛ فإنها موجبة. والمرأة تأتيها امرأة من ورائها ويقال لها كذلك، والله أعلم.

الباب الثالث في جوامع أحكام اللعان، وحكم الولد خاصة

أما أحكام اللعان فخمسة: وقوع التفرقة، وتأبد الحرمة، وسقوط حد القذف، وانتقاء

(١) الحديث أخرجه: النسائي (الطلاق ب ٤٨)، والدارمي (١٥٣/٢)، والشافعي في مسنده (٢٥٨)، وابن حجر في فتح الباري (٥٤/١٢)، والمنذرى في الترغيب والترهيب (٢٧٨/٣)، وابن كثير (١٢٦/٨)، والسيوطي في الدر (٢٤/٥)، وفي جمع الجوامع (٩٤٥٨)، والألساني في إرواء الغليل (٣٤/٨)، والسلسلة الضعيفة (١٤٢٧)، والحاكم (٢٠٣/٢)، وصححه، قال: صحيح على شرط مسلم، والبيهقي (٤٠٣/٧)، من طرق عن يزيد بن الهاد، عن عبد الله بن يونس، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة به. روى باللفظين المذكورين عند المصنف.

(٢) الحديث أخرجه: أحمد (٢٥٧/١، ٣٥٣/٢)، وابن أبي شيبة (٣٠٧/١٤)، والهيتمي (٩٢/٨)، (١٣١)، والطبري في تاريخه (٣٠٨/٢)، والمتقى الهندي (٥٣٣/٧)، وابن عساكر (٣١١/٣)، والزيدي في إتحاف السادة (٥٣٣/٧).

النسب، ووجوب حد الزنا عليها. وجملة ذلك تتعلق بلعان الزوج، ولا يتعلق بلعانها إلا سقوط الحد عنها. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «الفرقة تتعلق بلعانهما وقضاء القاضى». وقال مالك، رحمه الله: «تتعلق بلعانهما».

ولا يجب الحد عليها بلعانه عند أبى حنيفة، رحمه الله. ولا تتأبد الحرمة عنده، بل يحل له نكاحها مهما كذب نفسه، أو أخرج عن أهلية الشهادة، بأن يخرس، أو يجد فى القذف. نعم، اختلف أصحابنا فى أن هذه الحرمة، هل تشتمل ملك اليمين؟ وهل تتعلق باللعان فى النكاح الفاسد، وبعد البيئونة.

أما حكم الولد وانتفائه ولحوقه: ففيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فيمن يلحقه النسب

وهو كل من يمكن أن يولد له. والنظر فى الصبى، والمجبوب، والخصى.

أما الصبى: فإمكان العلوق منه بعد كمال السنة العاشرة، فيلحقه ولد أمت به زوجته ستة أشهر بعد السنة العاشرة. وقيل: يمكن العلوق فى أثناء العاشرة، ويلحقه الولد بعد العاشرة.

ومهما أمت به قبل الإمكان لم يفتقر إلى اللعان؛ إذ لا يلحقه. ومهما لحقه فقال: ألعين وأنا بالغ، يُمكن منه. فلو قال: أنا صبى وألعن، لم يمكن. ولو قال: كذبت، وأنا بالغ فألعن، قبل منه؛ لأن الصبى لا يعرف بلوغه إلا بقوله.

أما المجبوب المذكور، الباقي الأثنين، فالولد يلحقه؛ لبقاء أوعية المنى، فيحمل نزلاق المنى، ويحتمل استدخال مائه.

أما المنزوع الأثنين، الباقي ذكره، فقطع المحققون بلحوق الولد؛ لبقاء الآلة. وقال الفورانى: يرجع فيه إلى الأطباء.

وأما المسحوح ذكره وأنثياه. ففيه وجهان، أظهرهما: أنه لا يلحقه الولد؛ إذ التجربة تدل على استحالة الإغلاق منه.

وحيث قضينا بأنه لا إمكان، فلا حاجة إلى اللعان.

الفصل الثانى: فى أحوال الولد

وله ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون حملاً. وهل يجوز نفيه باللعان قبل الانفصال؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الحمل لا يتيقن، فلعله ريح ينفش. والثانى: نعم؛ لأنه يظن ظناً

غالبًا، وفي التأخير خطر موت الزوج ولحق النسب. وهذا بعد البيئونة، أما في صلب النكاح فالصحيح أنه يلاعن؛ لأن العجلاني لاعن عن الحمل؛ ولأن اللعان، دون الولد لمجرد قطع النكاح، جائز. وقيل بطرد القولين، ولا وجه له. وقد بنى الأصحاب القولين على أن الحمل، هل يعرف يقينًا؟ وهو ضعيف، بل الصحيح أنه لا يعرف يقينًا، ولكن الأحكام منها ما يثبت بالنظر، ومنها ما لا يثبت، ومنها ما يتردد فيه، فلاجل ذلك اختلف قول الشافعي، رضى الله عنه، في بعض المسائل، لا لتردده في أن الحمل لا يتيقن.

الحالة الثانية: أن يكونا توأمين من بطن واحد، فلا يتبعض نفيهما. فإن اقتصر على نفى أحدهما لم ينتف مع لحوق الثاني. ولو نفاهما، واستلحق أحدهما لحقه الثاني، ولو نفى الحمل، فأنت بتوأمين انتفيا. ولو أنت بواحد في النكاح فلاعن، فأنت بشأن لأكثر من ستة أشهر، لحقه الثاني دون الأول؛ لأنه من بطن أخرى، ويحتمل العلوق بعد انفصال الأول وقبل اللعان. ولو نفى الحمل فأنت بولد، ثم أنت بآخر لأكثر من ستة أشهر انتفى من غير لعان؛ لأنه لا يحتمل العلوق به في صلب النكاح.

فرعان: أحدهما: أنه مهما أراد أن ينفى أولادًا عدة، يكفيه لعان واحد ولا يحتاج كل واحد إلى لعان.

الثاني: أن التوأمين المنفيين باللعان أخوان من الأم. وهل يتوارثان بأخوة الأب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن اللعان أبطل الأبوة. والثاني: نعم؛ لأن اللعان أثره قاصر عن الملاعن.

الحالة الثالثة: أن يموت الولد، فله أن يلاعن؛ لأن الموت لا يقطع النسب. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: ليس له ذلك، إلا إذا كان للولد ولدٌ حيٌّ.

ثم عندنا، مهما استلحقه بعد اللعان لحقه. فلو نفاه، فلما مات استلحقه ليحوز ميراثه: لحقه، وورث مع التهمة؛ لأن الأصل هو النسب، ويلحق بمجرد قوله، والميراث تابع. وكذلك لو نفاه بعد الموت. فلما قسم ميراثه عاد واستلحقه، فالظاهر أنه يلحقه، ويسترد نصيبه من الميراث؛ نظرًا إلى ثبوت النسب. وفيه وجه: أنه إذا سقط الميراث لم يرجع إليه.

الفصل الثالث: فيما يُسقط حق النفي

والصحيح أنه على الفور؛ لأنه في حكم ضرار يدفع بعد معرفته، فلا وجه للتأخير.

وفيه قول آخر، لا بأس به، أنه يحمل ريثما يتروى؛ فإن الأمر فيه خطر، ولعله يتقدر بثلاثة أيام.

وحكى قول ثالث: أنه لا يسقط إلا بالاستلحاق. وهذا بعيد.

والتفريع على أنه على الفور. فعلى هذا لا يعذر إلا إذا لم تحصل له حقيقة المعرفة. فلو صبر حتى ينقصل الحمل: جاز؛ لأنه لا يتيقن، وربما يكون ريحاً فينفش. فلو قال: عرفت الحمل، ولكن قلت: ربما تجهض فهل يبطل حقه؟ فيه وجهان.

ولو أخبره فاجزّ بالولادة فقال: ولم أصدقه، جاز. وإن أخبره عدلان فلا. وإن أخبره عدل واحد، فوجهان؛ لقبول روايته ورد شهادته. ولو قال: كنت لا أدري أنّ لي حق النفى، فيعذر إن لم يكن من جملة الفقهاء.

فروع: لو هنأه مهن بالولد. وقال: متّعك الله به، فقال: آمين، فهو إقرار بالنسب؛ فلا لعان بعده. ولو قال: جزاك الله خيراً، أو أسمعك الله ما يسرك، لم يكن إقراراً.

* * *

كتاب العدد^(١)

وفيه ثلاثة أقسام: عدة الطلاق، وعدة الوفاة، وعدة الاستبراء في ملك اليمين.

أما عدة الطلاق

ففيها بابان:

الباب الأول

في عدة الحرائر والإماء، وأصناف المعتدات، وأنواع عدتهن

وهي ثلاثة أنواع: الأقراء، والأشهر، والحمل.

فالحرّة تعتد بثلاثة أقراء إذا طلقت بعد المسيس. ومقصود هذه العدة براءة الرحم، ولكن يكفي بسبب الشغل ولا يشترط عينه؛ لأن ذلك خفى لا يطلع عليه؛ ولذلك تحب العدة بوطء الصبي، وبمجرد تغييبه الحشفة، وحيث علق طلاقها بيقين براءة الرحم. ومن دأب الشرع، في مظان التباس المعاني المقصودة، ربط الأحكام بالأسباب الظاهرة، كما علق البلوغ بالأحلام والسن؛ لحفاء العقل. وعلق الإسلام بكتمتي الشهادة مع الإكراه؛ لحفاء العقيدة.

واعلم أن الحرّة تعتد بثلاثة أقراء. والأمة تعتد بقرأين؛ لأن القرء الواحد لا ينتصف، فيكمل. ولو عتقت قبيل الطلاق فهي كالحرّة. وإن عتقت في القرأين، ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنها تستكمل؛ إذ عتقت قبل الفراغ.

والثاني: لا؛ بل ينظر إلى حالة الوجوب؛ فيكفيها قرءان.

والثالث: أنها إن كانت رجعية، عدلت إلى عدة الحرائر، وإن كانت بائنة فعتت بقرأين.

فرع: إذا وطء أمة، على ظن أنها حليلته الحرّة، اعتدت بثلاثة أقراء، على وجه؛ لأن للظن أثرًا في العدة. وعلى وجه: يكفيها قرءان؛ نظرًا إلى حقيقة الحال.

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٨٧/٦): العدد: جمع العدة. قال في الفتح: العدة اسم لمدة تبرص بها المرأة عن التزوج بعد وفاة زوجها وفراقه لها إما بالولادة أو بالأقراء أو الأشهر. وفي المعجم الوسيط (٥٨٧/٢)، [عِدَّةٌ] جمع [عِدَّةٌ]: مقدار ما يعد ومبلغه، والعدة: احماة يقال: عِدَّةٌ كُتِبَ وَعِدَّةٌ رَجَالٌ. وَعِدَّةٌ الْمَطْلُوقَةُ وَالتَّوَفَى عَنْهَا زَوْجُهَا: مدة حدّها الشرع، تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها، أو وفاة زوجها عنها.

ولو وطء حرة على ظن أنها أمة، فلا خلاف أنها تعد بثلاثة أقراء؛ لأن الظن يؤثر في الاحتياط.

واعلم أن النسوة أصناف: المعتادة، والمستحاضة، والنسي تباعدت حيضتها في أوان الحيض، والصغيرة، والآيسة.

الصنف الأول: المعتادة. وعدتها ثلاثة أقراء على العادة. والأقراء هي الأطهار عند الشافعي، رضى الله عنه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: هي الحيض^(١).

واختلف العلماء فيه، واستشهد كل فريق بدلالة، والذي صح عند المحققين أن الشواهد متعارضة، وأن القرء في اللغة مشترك بين الطهر والحيض كالجَوْن مشترك بين الضوء والظلمة^(٢). وقد قال الشاعر:

لما ضاع فيها من قروء نسائكنا

وإنما يضيع الطهر. وقد قال ﷺ: «دعى الصلاة أيام أقرائك»^(٣) وهي أيام الحيض. لو

(١) منشأ الخلاف هو أن لفظ «القرء» مشترك والمشارك هو لفظ وضع لمعنيين مختلفين، أو معان مختلفة، بأوضاع مختلفة، ولا توجد هذه للعاني مجتمعة في استعمال واحد، ولا يتعين معنى واحد في استعمال إلا بقرينة تدل عليه شرعية كانت أم لغوية، والأصل العمل بالقرينة الشرعية؛ لأنه مقصد الشارع إلا إذا دل الدليل على أن المقصود هو المعنى اللغوي لا الشرعي.

ولفظ «القرء» مشترك بين الطهر والحيض، فرجح الشافعية أن المراد بالقرء الطهر لوحد القرائن الدالة على ذلك، منها تأنيث اسم العدد قبلها، فإن تأنيثه يدل على أن المعداد مذكر، والمذكر هو الطهر لا الحيضة.

أما الأحناف، فقالوا: إن القرينة المستمدة من عموم النصوص الشرعية تدل على أن المراد به هنا الحيض لا الطهر؛ لأن العدة التي أوجبتها النصوص الشرعية الهدف منها هو التعرف على براءة الرحم من الحمل وخلوه منه، والذي يدل على خلو الرحم من الحمل هو الحيض لا الطهر.

(٢) [الجَوْن]: الأسود، والجَوْن: الأبيض، والنور، والظلمة، والأسود تغالطه حمرة، جمع: جَوْن. وطرف نقوس، وهما جَوْنان.

انظر: المعجم الوسيط (١/١٤٩).

(٣) الحديث أخرجه: الترمذی (٢٢٠/١)، وأبو داود (٢٠٨/١)، وابن ماجه (٢٠٤/١)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٧٠/١)، والدارقطني (٢١٢/١)، والبيهقي في شرح السنة (٢٠٧/٩)، عن عدی بن ثابت، عن أبيه، عن حذو مرفوعاً به. قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٧٤/١): الحديث لم يحسنه الترمذی... بل سكت عنه. قال ابن سيد الناس في شرحه: وسكت الترمذی عن هذا الحديث ولم يحكم بشيء وليس من باب الصحيح ولا ينبغي أن يكون من باب الحسن لضعف روايه عن عدی بن ثابت، وهو أبو اليقظان. أ. هـ. قلت: ضعفه: يحيى بن معين، وأبو حاتم، والحاكم، والنسائي، والدارقطني، وغيرهم من أهل الحديث.

كان تعلق الشافعي، رضى الله عنه، بقوله تعالى: ﴿فَطْلُقُوهُنَّ لَعَدْتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، فقال: الأمر يتناول الطلاق السنّي، وهو الذى فى الطهر، فيتبغى أن يستعقب الاحتساب بالعدة. وعند أبى حنيفة، رحمه الله: إذا طُلقت فى الطهر، لم تحتسب بقية الطهر، كما أنها لو طُلقت فى الحيض، لم تحتسب عندنا مدة الحيض. ويشهد له أن مقصود العدة العزلة عن الزوج، ولقد كانت فى مدة الحيض معزلة فى صلب النكاح، فجدير أن يكون الطهر هو ركن العدة.

فنقول: لو قال: «أنت طالق قبيل آخر جزء من الطهر» فالجزء الأخير يحسب قرءاً. وللشافعي، رضى الله عنه، قول آخر: أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، فكأنه أراد أن يجمع، لكون الاسم مطلقاً عليهما جميعاً؛ ولأنه يقال: قرأ النجم، إذ طلع. و«قرأ»: إذا عزب، وهو مشعر بالانتقال. والجديد هو الأول. وتظهر فائدة القولين فيما لو قال: «أنت طالق فى آخر جزء من الطهر» حصل بالانتقال قرء على هذا القول، ولم يحصل على الجديد، بل لا بد من ثلاثة أطهار بعد الطلاق. وهذا فى طهر مُحْتَوَش بدمين، أما طهر الصغيرة هل هو قرء؟ فيه خلاف، من حيث إنه طهر، ولكن لم يتقدمه حيض، فعلى هذا لو طلق الصغيرة فحاضت قبل الأشهر، فعليها ثلاثة أطهار بعد الحيض. ولو قال للصغيرة: «أنت طالق ثلاثاً، فى كل قرء طلقة» وقعت فى الحال واحدة إن قلنا: إنه قرء، وإلا فلا يقع حتى تطهر بعد الحيض. وكذلك يظهر أثر الخلاف فى دعواها انقضاء العدة، ومدة الإمكان فيه.

ومما لا بد من التنبيه له، أن الطهر الأخير إنما يتبين كماله بالشروع فى الحيض الذى بعده، والظاهر أنه يكفى بلحظة واحدة. ونقل البويطى، رحمه الله، عن الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا بد من يوم وليلة؛ حتى يتبين أنه ليس بدم فساد. ومن الأصحاب من حمل ذلك على الاحتياط، وقطع النظر باللحظة. ومنهم من قال: فى المسألة قولان. ومنهم من قال: إن رأت على العادة، فاللحظة تكفى. وإن رأت قبل ذلك؛ فلا بد من يوم وليلة.

ثم لا خلاف أنه ليس من العدة وإنما هو للتبين.

الصف الثاني: المستحاضات:

ولها ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن تكون مميزة، أو حافظة للعادة والوقت؛ فتتفرّد إلى التمييز أو العادة، ولا يخفى أمرها. فإن كانت مبتدأة أو ناسية للعادة والوقت، فيكفى منها بثلاثة أشهر؛ إذ الشهر الواحد يدور فيه الحيض والطهر غالباً. ثم إن طُلقت فى آخر الشهر يكفيها

ثلاثة أشهر بالأهلة. وإن كان في وسط الشهر، فكان الباقي أكثر من خمسة عشر يوماً، يكفيها بقية الشهر وشهران بالأهلة. وإن كان أقل، ففيه خلاف، لأجل اضطراب النص. ومن لا يحتسب به يقول: يحتمل أن يكون جميع بقية الشهر حيضاً. ومن يحتسب يقول: إن الطهر يقع آخر الشهر، والحيض مع أول الشهر، حتى قالوا: يُحسب بقية الشهر قرءاً، وإن لم يبق إلا يوم وليلة. وهذا تحكم يخالف الوجود. فإن قيل: على قول الاحتياط في المستحاضة، لم يكف بثلاثة أشهر، ويحتمل أن يزيد الطهر على ثلاثة أشهر، فلم لا يحتاط في العدة؟ قلنا: ذكر صاحب «التقريب» وجهاً أنها تؤمر بالاحتياط والتربص إلى سن اليأس، أو أربع سنين، أو تسعة أشهر، كما ذكرناه في الحيض، وهو متجه؛ إذ الاحتياط للنكاح أهم، ولكن ربما يفرق بأن حكم العبادات مقصور عليها، والعدة تقتضي السكنى والرجعة؛ فيبعد أن تتمادي. ويمكن أن يقال: لا رجعة ولا سكنى إلا في ثلاثة أشهر، ويبقى تحريم النكاح تعبدًا عليها، ولكن الضرار يعظم فيه، فلذلك يبعد قول الاحتياط هاهنا من وجه.

الصف الثالث: الصغيرة: وعدتها بالأشهر إلى أن تحيض. ولا مبالاة برؤيتها الدم قبل تمام تسع سنين؛ فإن ذلك ليس بحيض. ولو طلقت، فرأت الدم بعد مضي ثلاثة أشهر، فليس عليها الاستئناف. وإن كان قبل تمام الشهر استأنفت العدة بالأقراء، فإنها الأصل. وما مضى من الطهر، هل يحسب قرءاً؟ فعلى الخلاف المذكور.

فأما الآيسة إذا حاضت، فيحسب لها بقية الطهر قرءاً؛ لأن طهرها محتوش بدمين وإن طال بها العهد. ومهما انكسر الشهر الأول يتسم بثلاثين من الشهر الأخير، ويكفي شهران آخران بالأهلة. وفيه وجه مثل مذهب أبي حنيفة، رحمه الله: أنه إذا انكسر شهر فقد انكسر الجميع؛ فلا بد من تسعين يوماً.

والعدة بالأشهر لا تكون إلا في الصغيرة والآيسة، وهو أحد نوعي العدة. وهذا كله في الحرة.

فأما الأمة المنكوحة، فإنها تعتد بقرآين عند الشافعي، رضى الله عنه؛ لأن القرء لا يتنصف. كما يملك العبد طلقتين، والعدة بالنساء. فإن كانت من ذوات الأشهر، فقولان:

أحدهما: أنه تعتد بشهر ونصف؛ لأنه يقبل التجزئة. والثاني: أنها تعتد بشهرين بدلاً عن القرآين؛ فإنهما قد تأصلا فلا ينظر إلى السبب.

وقد نص في أم الولد إذا اعتقت على قولين:

أحدهما: أنه يكفيها شهر واحد بدلاً عن قرء واحد في الاستبراء. والثاني: أنها تعتد بثلاثة أشهر؛ لأن ما يتعلق بالطبع من علامة البراءة لا يختلف بالقرء؛ فيخرج من هذا قول ثالث في المنكوحة: أنها تعتد بثلاثة أشهر.

الصنف الرابع: التي تباعدت حيضتها. نُظِر:

فإن تأخرت حيضتها من الصغر، فلم تحض أصلاً، فعدتها بالأشهر، لعموم قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: ٤]، وإن حاضت، ثم تأخر، إن كان بمرض ظاهر أو رضاع، فليس لها إلا تربص الحيض أو سن اليأس، فعند سن اليأس تعتد بالأشهر. أما إذا لم يكن الانقطاع لعلّة، ففيه ثلاثة أقوال:

الجديد: أنها تصبر إلى سن اليأس كما إذا كان لعلّة؛ لأن الأشهر ورد في القرآن في اللاتي لم يحضن واللاتي يغسن من المحيض وليست من القسمين؛ ولأن الحيض لا ينقطع إلا لعلّة وإن خفيت، وفي العلة تربص قطعاً، فإن فيه مذهب عثمان وزيد وعلي، رضى الله عنهم، في زوجة جَبَّان بن منقذ في مثل هذه الحالة^(١). وفيه أيضاً مذهب ابن مسعود، رضى الله عنه^(٢).

والقول الثاني: أنها تستضر بالصبر إلى سن اليأس، فتربص تسعة أشهر؛ لتبين عدم الحمل، ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر؛ للتبعد. وهو قول قديم قلّد الشافعي، رضى الله عنه، فيه مذهب عمر، رضوان الله عليه^(٣).

والقول الثالث: أنها تربص، لنفى الحمل، أربع سنين، ثم تعتد بثلاثة أشهر والقولان الأخيران قديمان يلتزمان على المصلحة.

التفريع: إن قلنا: تربص تسعة أشهر ثم ثلاثة، فلو فعلت ونكحت، ثم حاضت، فالنكاح مستمر لاتصاله بالمقصود. ولو حاضت قبل تمام التسعة، بطل التربص وانتقلت إلى الأقراء. وإن لم يعاودها وجب عليها استئناف التسعة؛ لأن ما سبق كان للانتظار وقد بطل فلا يقنع حصول البراءة، فإن التبعد أغلب على العدة. أما إذا حاضت بعد الشروع في الأشهر الثلاثة، وراء التسعة، ثم لم يعاودها الدم، فعليها استئناف التربص بالتسعة، ولكن ما سبق من مدة العدة في الأشهر الثلاثة، هل تحسب حتى تبني عليه

(١) انظر: الأم (٢١٢/٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤١٩/٧)، ومعركة السنن والآثار (١٩٠/١١).

(٢) انظر: معرفة السنن والآثار (١٩١/١١)، والسنن الكبرى للبيهقي (٤٢٠/٧).

(٣) انظر: موطأ مالك (٥٨٢/٢)، مصنف عبد الرزاق (٣١٩/٦)، المحلى لابن حزم (٢٧٠/١٠)، معرفة السنن والآثار (١٩٠/١١).

الباقى، أو تستأنف كما تستأنف التسعة؟ فيه وجهان، ووجه البناء، أن الانتظار هو الذى يبطل بطرآن الحيض، أما ما وقع الاعتداد به من صلب العدة، فلا.

التفريع: إن أمرنا باستئناف الكل فلا كلام، وإن قضينا بالبناء، ففي كفيته وجهان: أحدهما: أن يتم بثلاثة أشهر بالحساب. والثاني: أن ما مضى يحسب قرءاً؛ لأنه طرأ الحيض عليه ويكفيه شهران وإن لم يمض من الأشهر قبل الحيض إلا يوم واحد وهذا بعيد؛ لأنه جمع بين البذل والمبذل فى عدة واحدة، وهذا لا نظير له فى الأبدال.

أما إذا رأت الدم بعد مضى المديتين وقبل النكاح، فالمنصوص أنها مردودة إلى الأقراء؛ لأن البذل لم يتصل بالمقصود. وكذا تبرص فى انتظار الدم وقد وجد.

ومن أصحابنا من قال: الحيض بعد الفراغ؛ كالحيض بعد النكاح؛ فلا أثر له. وكل هذه التفريعات جارية أيضاً على قولنا: إنه تبرص أربع سنين، وإنما يختلف المقدار.

أما إذا فرعنا على الجديد، وهو التبرص إلى سن اليأس، ففي سن اليأس قولان: أحدهما: أنه أقصى مدة اليأس امرأة فى دهرها مما يعرف فى الصرود والجروم^(١) الذى يبلغ حده؛ فإن سائر العالم لا يمكن طوفه.

الثاني: تعتبر نساء عشيرتها من جانب الأم والأب.

ومن أصحابنا من ذكر وجهين ضعيفين:

أحدهما: النظر إلى نساء العصابات دون جانب الأم كما فى مهر المثل. والثاني: النظر إلى نساء البلدة؛ لأن للهواء تأثيراً فيه.

فرع: على هذا القول، لو رأت الدم بعد الوصول إلى سن اليأس لا يخلو.

إما أن ترى قبل مضى الأشهر أو بعدها. فإن كان قبله انتقلت إلى الأقراء؛ لأن ذلك حيض بالاتفاق. فإن لم يعاودها فترجع إلى الأشهر، وفيه وجهان:

أحدهما: أنها تعد بتسعة أشهر، ثم بثلاثة أشهر؛ لأن اليأس قد بطل بطرآن الحيض. والثاني: وهو الأصح، أنه يكفيها ثلاثة أشهر؛ فإنها الآن آيسة؛ إذ لم يعاودها الدم، لكن نقطع على هذا القول بوجوب استئناف تمام الأشهر الثلاث دون البناء؛ لأننا فى هذا القول، تشوف إلى اليقين، ولا يبقى ذلك مع طرآن الحيض بخلاف التفريع على القول القديم.

(١) [الصرود والجروم]: البلاد الباردة والحارة. والجروم: هو الحر، فارسي معرب. وأرض حَرْم: حارة. والجروم: نقض الصرود. والجروم خلاف الصرود. انظر: اللسان (٦٠٦/١).

أما إذا رأت بعد الأشهر، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العدة بطلت، سواء رأت بعد النكاح أو قبله؛ لأن مطلق بناء اليقين على هذا القول، وقد فات بالحيض. والثاني: أنه، إن كان قبل النكاح استأنفت الأشهر، وإن كان بعد النكاح فلا ينقص الحكم. والثالث: أنه لا يجب الاستئناف في الحالتين؛ لأن الأشهر قد تمت وحصل الحل؛ فلا ينظر إلى ما بعده. ويلتفت هذا على الخلاف في المعضوب إذا حج عنه، ثم زال العَضْبُ نادراً أنه هل يجب الاستئناف؟.

النوع الثاني المعتدة بالأشهر:

وذلك في الصبية والآيسة، وقد ذكرناه.

النوع الثالث عدة الحامل:

وفيه فصلان:

الأول: في شروطه

ولا تنقضي العدة إلا بوضع حمل تام من الزوج، فهما شرطان:

الأول: أن يكون من الزوج أو ممن منه العدة؛ فلو مات الصبي، أو فسخ نكاحه، فولدت زوجته من الزنا؛ لم تنقضي به العدة عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. وكذلك زوجة المسوح، وكل ولدٍ منفي عن الزوج قطعاً.

أما الحمل المنفي باللعان، فتنقضي العدة بوضعه؛ لأن القول في العدة قولها، وهي تقول: إنه من الزوج.

فرعان: أحدهما: لو قال: «إذا ولدت فأنت طالق» فولدت وشرعت في العدة، فأنت بولد آخر بعد ستة أشهر من الولادة الأولى، ففي انقضاء العدة به ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تنقضي؛ لأنه منفي عن الزوج. والثاني: تنقضي؛ لأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة من الزوج بعد الولادة الأولى، فهو كالمتنفي باللعان.

والثالث: أنها إن ادعت وطئاً محترماً على الزوج بعد الولادة، انقضت العدة، وإن كان القول قوله في نفى الولد، ولكن الاحتمال لا يتقطع به. وإن لم تدع لم تنقضي.

الثاني: إذا نكح حاملاً من الزنا، ثم طلقها، وهي ترى الأدوار، وقلنا: إن دم الحامل دمٌ فساد، فلا أثر له. وإن قلنا: إنه حيض، فهل تنقضي العدة به؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن حمل الزنا لا يؤثر في العدة، فينظر إلى الأقراء.

والثاني: لا؛ لأن الأقراء تؤثر حيث تدل على البراءة، وهذا لا يدل عليه، فعليها

استئناف الأقراء بعد وضع الحمل.

الشرط الثاني: وضع الحمل التام. ويُخرَج عليه ثلاث مسائل:

إحداها: أنها لو كانت حاملاً بتوأمين، لا تنقضى العدة بوضع الأول حتى تضع الثاني. وأقصى مدة بين التوأمين ستة أشهر، فما جاوز ذلك، فهو حمل آخر.

الثانية: لو انفصل بعض الولد، لم تنقض العدة حتى ينفصل بكماله. وحكم المنفصل بعضه حكم «الجنين» في الغرة، ونفى الإرث، وتسرية العتق إليه من الأم، وبقاء الرجعة، والعدة، والتبعية في الهبة والبيع وغيرهما. وعُزِيَ إلى القفال أنه إذا صرخ واستهل، فقد تيقناً وجوده؛ فله حكم المنفصل إلا في العدة؛ فإن براءة الرحم تحصل بانفصاله.

الثالثة: لو أجهضت حينئذٍ، ظهر عليه التخطيط والصورة: فهو تام، وتنقضى به العدة. وإن كانت الصورة بحيث لا يدركها إلا القوابل: فإن كانت علقة، فلا حكم لها؛ إذ لا تيقن أنه أصل الولد.

وإن كان لحماً ولم يظهر عليه تخطيط للقوابل، فقد نص الشافعي، رضى الله عنه، على انقضاء العدة. ونص على أن الاستيلاد لا يحصل به، ولا غرة فيه. فمنهم من قال: قولان بالنقل والتخريج. ومنهم من فرق بينهما، بأن العدة في الكتاب تتعلق بوضع الحمل، وهذا حمل. والاستيلاد يتعلق بالولد، وهذا ليس بولد. والغرة بدل مولود، وهذا ليس بمولود.

الفصل الثاني في ظهور أثر الحمل وحقيقته بعد الاعتداد بالأقراء

وفيه مسائل: الأولى: المعتدة بالأقراء إذا ارتابت وتوهمت حملاً بعد تمام الأقراء، فإن كانت بحيث يحكم في الظاهر بأنها حامل: فيحرم عليها النكاح. ولو استشعرت ثقلاً، وتوهمت، فهي المرتابة؛ فلو نكحت قبل زوال الرية نص الشافعي، رضى الله عنه، في «المختصر» أن النكاح موقوف. ونص في موضع آخر: أنه باطل. فمن أصحابنا من قطع بالصحة؛ إذ بَانَ الحَيْالُ؛ لأنه بنى على سبب ظاهر، وهو العدة، فلا أثر للتحريم بريئة لا أصل لها. ومنهم من قال: قولان. واختلفوا في أصله، فقيل: إن أصله قولاً وقف العقود، كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت. وقيل: هذا فاسد؛ لأنه غير مبنى على أصل، بل مأخذه القولان في أن من شك في عدد الركعات بعد الفراغ، هل يلزمه التدارك؟ وهذا القائل يفرق بين: إن شك قبل تمام الأقراء أو بعده. والقائل الأول لا يفرق.

الثانية: إذا اعتدت بالأقراء، ولم تنكح، فأنت بولدي لزمانٍ يحتمل أن يكون من الزوج،

ألحق به. وأقصى مدة الحمل عند الشافعي، رضى الله عنه، أربع سنين. وعند أبي حنيفة، رحمه الله، ستان.

والأربع تحسب من وقت الطلاق إن كان بائناً، وإن كان رجعيًا فقولان: أحدهما: من وقت الطلاق.

والثاني: من وقت انقضاء العدة؛ لأن الرجعية في حكم زوجة. فعلى هذا، لو أنت بولدي لعشر سنين مثلاً من وقت الطلاق لحق به؛ لأن العدة يتصور أن تطول بتباعد المدة، ونحن نكتفي بالاحتمال. ومنهم من استعظم هذا فقال: لا تزيد في العدة على ثلاثة أشهر نضيفها إلى أربع سنين؛ فإنه الغالب. إلا أن ما قاله لا ينفي الاحتمال؛ فلا وجه له.

الثالثة: إذا نكحت، ثم أنت بولدي لزمان يحتمل أن يكون من الأول ومن الثاني جميعاً: ألحق بالثاني؛ لأن فراش الثاني ناسخ للأول؛ فلا سبيل إلى إبطال نكاح جرى على الصحة. أما إذا كان النكاح فاسداً، بأن جرى في أثناء العدة، بأن ظن انقضاءها، فيعرض الولد على القائف؛ فإن ذلك كوطء شبهة، ولا يؤدي إلى إبطال نكاح صحيح.

ثم الفراش الذي يبنى عليه احتمال الولد في النكاح الفاسد، هو الوطء أو مجرد العقد؟ فيه خلاف، والظاهر: أنه بالوطء ولا يلحقه بمجرد العقد وكذلك الخلاف في انقطاع هذا الفراش، بالتفريق أو بآخر وطأة؟. ويلتفت هذا على أن العدة، هل تنقضي مع محالسة الزوج زوجته؟ وعليه يُخرج أن حقوق الولد في النكاح الفاسد، هل يقف على الإقرار بالوطء؟ فإن أحوجنا إلى الإقرار بالوطء، فالظاهر أنه لا يتنفي بدعوى الاستبراء، بل اللعان، وفيه وجه: أنه كملك اليمين.

الرابعة: في النزاع. فلو قال: «طلقت بعد الولادة فلي الرجعة؛ فإنك معتدة». فقالت: «بل طلقت قبل الولادة»؛ فالقول قوله في وقت الطلاق، سواء كان وقت الولادة معيناً بالاتفاق أو مبهماً.

ولو اتفقا على وقت الطلاق، واختلفا في وقت الولادة، فالقول قولها؛ لأنها مؤمنة على ما في رحمها.

لو اتفقا على الإشكال، فالأصل بقاء سلطان الرجعة، واستمرار النكاح.

وإن جازمت الدعوى، فقال: لا أدري. فعليه أن يحلف جزماً، أو تنكح؛ حتى ترد اليمين عليها. ولو جزم الدعوى، وقالت: لا أدري، فالزوج على الارتجاع، وهي مدعية؛ فلا تسمع الدعوى مع الشك.

الباب الثاني في تداخل العدتين عند تعدد سببه

والسبب: إما الوطء، وإما الطلاق.

أما الوطء، فتعده: إما من شخصين، وإما من شخص واحد. أما من شخص واحد، فهو أن يطلقها، ثم يطؤها بالشبهة؛ فتداخل العدتان إذا اتفقتا، بأن لم يكن إحبال وكانت من ذوات الأشهر أو الأقراء، فتعند بثلاثة أشهر، أو ثلاثة أقراء؛ فتتقضى العدتان. ولو كان قد انقضى قرءان فوطفها، استأنفت ثلاثة أقراء، واندرج القرء الثالث في القرء الأول حتى تتمادى الرجعة إلى انقضاء هذا القرء. ثم لا رجعة في القرأين الباقيين؛ لأنهما من الوطء بالشبهة. ومعنى التداخل: أن القرء الأول المشترك تأدت به عدتان.

أما إذا اختلفت العدتان، بأن كان إحداهما بالحمل، ففي تداخلهما وجهان مشهوران:

أحدهما: أن التداخل كالمفتقتين. والثاني: لا؛ لأن الاندراج والتداخل يليق بالمتجانسات.

فإن قلنا بالتداخل، فسواء طرأ الحمل على الوطء، أو طرأ الوطء على الحمل؛ فتتمادى الرجعة والعدة إلى وضع الحمل وتنقضى العدة به.

وإن قلنا: لا تتداخل، نظر: فإن طرأ الوطء على الحمل، انقضت عدة الطلاق بالوضع، وانقطعت الرجعة، واستأنفت الأقراء بعده للوطء. وعلى هذا، لو كانت ترى الدم أيام الحمل، قال القاضي والشيخ أبو حامد: تنقضى بها عدة الوطء، إذا قلنا: إنه حيض، ويؤدى إلى انقضاء عدتين مختلفتين في زمان واحد لجريان الدورتين، وعللوا بأن سبب لزوم الأقراء مجرد التعبد، ولا تشترط البراءة. وقال الشيخ أبو محمد: كونها في مظنة الدلالة على البراءة، لا يد منه؛ إذ به يحصل التعبد، فلا بد من استئناف الأقراء بعد الوضع.

أما إذا كانت حائلا في عدة الطلاق، فأحبها بالوطء، انقطع عدة الطلاق؛ لأن الحمل أقوى فإذا وضعت رجعت إلى بقية عدة الطلاق وثبتت الرجعة وسائر أحكامها من الميراث وغيره في تلك البقية. وهل تثبت قبل الوضع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، لأنها ليست في عدة الطلاق.

والثاني: نعم؛ لأنها تعرض للرجعة، وملتزمة لها في المستقبل؛ فيبعد الإبانة في الحال ثم العود إلى الرجعة.

فعلى هذا، لم يتغير بما طرأ إلا طول المدة، وإلا فهي رجعية على الدوام إلى انقضاء العدتين.

ثم مهما راجعها، أو جدد النكاح عليها، انقطعت العدتان جميعاً.

أما إذا كان من شخصين بأن طلقها، فوطئها بالشبهة غيره: لم تتداخل العدتان عندنا خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن التعبد في حق الزوج بالعدة يتعدد عند تعددهما.

ثم ينظر: فإن كانتا متفتحتين، يُنظر: فإن سبق الطلاق الوطاء، استمرت عدة الزوج، والرجعة إلى تمام ثلاثة أقراء، ثم بان، واستفتحت عدة الوطاء، ولم يكن له تجديد النكاح بعد شروعها في عدة الشبهة، وهل له قبل ذلك إن كانت بائنة؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنها ليست إلا في عدته.

والثاني: لا؛ لأن لزوم العدة عن الشبهة كوجودها؛ لأنه لو نكحها لم يحل له وطؤها، والرجعة تحتل ذلك، ولا يحتمله النكاح كما في المحرمة.

وأما إذا وطئت، فشرعت في العدة، وطلقها، ففي الانتقال إلى عدة الطلاق وجهان: أحدهما: أنها تنقل؛ لأن عدة الطلاق أقوى. والثاني: تستمر؛ لأن السابق أولى.

فإن قلنا بالانتقال، رجعت إلى بقية عدة الشبهة عند تمام عدة النكاح. وإن قلنا: تستمر، استأنفت عدة النكاح بعد عدة الشبهة، وثبتت الرجعة فيها. وفي ثبوتها قبل ذلك الخلاف السابق.

أما إذا كانتا مختلفتين، بأن كان إحداهما بالحمل، فعند هذا يبطل النظر إلى السبق، وتقدم عدة الحمل.

ثم النظر في كيفية الرجعة، وانقطاع العدة، والانتقال منهما ذكرناه في العدتين المختلفتين من شخص واحد، حيث قلنا: إنهما لا يتداخلان. نعم، هذا يفارقه في ثلاثة أمور:

الأول: أنه لو راجعها، وكانت حاملاً من الأجنبية، لم يحل الوطاء، فإن كانت حاملاً منه، وقد بقيت عليها عدة الوطاء بالشبهة، ففي جواز الوطاء وجهان جاريان في وطء الحامل من النكاح بعد أن وطئت بالشبهة:

أحدهما: الجواز؛ إذ ليست في عدة الشبهة ما لم تضع حمل الزوج.

والثاني: لا؛ لوجوب العدة.

الأمر الثاني: أنها لو كانت ترى صورة الأقراء مع الحمل، فالمصير إلى انقضاء العدة

بها، مع تعدد الشخص، بعيد؛ وقيل: يطرد ذلك هاهنا كما فى شخص واحد.

الأمر الثالث: أنه لو أراد أحدهما نكاحها، وهى ملابسة عدة غيره، لم يجوز. وإن كانت حاملاً من الزوج فنكحها، وهى متعرضة لعدة الشبهة، لكن بعد الوضع، فصحة النكاح تُبنى على حل الوطء فى مثل هذه الحالة. ومنهم من قال: وإن قلنا بالحل، فذلك فى دوام النكاح، أما ابتداء النكاح فلا يحل مع لزوم عدة الشبهة.

هذا كله فى عدة المسلمين، أما الحريسون فقد نص الشافعى، رضى الله عنه، أن الحربى إذا طلق زوجته، فوطئها حربى فى نكاح وطلقها، فلا يجمع عليها بين العدتين، فمن أصحابنا من قال: قولان. ووجه الفرق: أن التعبد فى حق الحربى لا يتأكد، فكأن أهل الحرب كلهم شخص واحد، فتدخل. ومنهم من قطع بالفرق، وفرق بأن حق الحربى يتعرض للانقطاع بالاستيلاد، فاستيلاد الثانى يقطع حق الحربى الأول.

فإن قيل: ما ذكرتموه فى عدة الحمل، إنما يستقيم إذا علم أن الحمل من أحدهما، فإن احتمل أن يكون منهما، فكيف السبيل؟ قلنا: إذا وضع، عُرض على القائف، فإذا ألحق بأحدهما حُكم بانقطاع عدته دون الثانى. وإن لم يكن قائف، أو أشكل عليه، يقضى بأن إحدى العدتين انقضت على الإبهام.

ويتصدى النظر فى ثلاثة أمور:

الأول: أن الرجعة، إن جوزناها فى حال ملابسة عدة الغير، فله الرجعة. وإن لم نجوزها، فعليه أن يراجع مرتين، مرة قبل وضع الحمل، ومرة بعده. فلو اقتصر على إحداهما لم يستفد به شيئاً؛ لتعارض الاحتمالين، إلا أن يقتصر على رجعة، فيوافقها إلحاق القائف فتبين صحته. وذكر العراقيون وجهاً: أن الرجعة لا تحتل هذا الوقف كالنكاح.

الثانى: تجديد النكاح. ولا فائدة فى نكاح واحد؛ فإنه لا يفيد حلاً مع الاحتمال، ولكن لو عقد قبل الوضع وبعده، ففيه وجهان. ووجه المنع: أن النكاح لا يحتل مثل هذا الوقف وإن احتملته الرجعة.

الثالث: النفقة إذا كانت بائنة، فإنها تستحق على الزوج: إما للحمل وإما للحامل. فإن كان من الواطئ بالشبهة فتستحق عليه إن قلنا: إنها للحمل، وإن قلنا: للحامل فلا، ولكن لا يطلب واحد منهما فى الحال؛ للإشكال. فإن وضعت وألحق القائف بالزوج، فلها طلب النفقة الماضية. وإن ألحق بالواطئ لم يطالب؛ لأن نفقة القريب تسقط بمضى الزمان، فليس عليه إلا نفقة الحمل.

فروع ستة: الأول: قال الأصحاب: لا تنقضي عدة الزوج إذا كان يعاشرها معاشرة الأزواج. وقال المحققون: هذا خارج عن القياس؛ فإن العدة لا تستدعي إلا انقضاء المدة مع عدم الوطء، ولذلك تنقضي عدتها وإن لم تعرف الطلاق والموت ولم تأت بالحداد وملازمة المسكن. وقال القاضي: لا نص للشافعي، رضى الله عنه، على هذا. وأنا أقول: مخالطة البائن لا تمنع؛ فإنه في حكم الزاني. ومخالطة الرجعية تمنع؛ لأن اعتدادها في صلب النكاح، فلا أقل من أن تعتضد بالاعتزال وترك المخالطة فعلياً. وهذا وإن كان فيه فقه، فلا يخلو عن إشكال. ثم على هذا لا يشترط الوطء ولا دوام المجالسة، ولكن المعتاد بين الأزواج.

فإن طالت المفارقة، ثم جرت مجالسات في أوقات مختلفة، فيحتمل أن تحسب أوقات المفارقة دون أوقات المخالطة، ويحتمل أن يقال: ينقطع ما مضى، وهو خبط وحيرة ولا تفريع على مُشكل.

الثاني: عدة نكاح الشبهة تحسب من وقت التفريق، أو الوطء؟ فيه قولان. فإن قلنا: من الوطء، فلو اتفق أنه لم يطأها بعد ذلك مدة العدة، تبين انقضاء العدة، وإذا وطئها انقطعت. وإن قلنا بالتفريق، فلا مبالاة بمخالطته بعد ذلك؛ لأنه في حكم الزاني ولا أثر لمخالطة الزناة في العدة. وهذا يدل على أن مخالطة الزوج البائنة، مع العلم، لا يؤثر، ومع الجهل يؤثر عند الأصحاب. ثم يحتمل أن يقال: المراد بالتفريق انجلاء الشبهة. ويحتمل أن يقال: إنه المفارقة بالجدس، والظاهر أنه انجلاء الشبهة؛ لمخالطة بعده في حكم الزنا.

الثالث: إذا نكح معتدة على ظن الصحة ووطئها، انقطع عدة النكاح بما طراً، وفي وقت انقطاعه قولان:

أحدهما: أنه من وقت العقد. والآخر: من وقت الوطء؛ لأن العقد فاسد.

فإن قلنا: تنقطع بالعقد، فلو لم تزف إلى الثاني، فالصحيح: أننا نبين أن العدة لم تنقطع؛ لأنه مجرد لفظ، وإنما ينقذ ذلك على قول إذا أفضى إلى الزفاف، أما إذا أفضى إلى مخالطة وزفاف، ولكن انجلت الشبهة قبل الوطء، فهذا محتمل.

الرابع: من نكح معتدة بالشبهة، لم تحرم عليه على التأييد. وفيه قول قديم؛ تقليداً لمذهب عمر، رضى الله عنه^(١): أنها تحرم؛ للزجر عن استعجال الحل وخلط النسب. ثم لا يجرى هذا القول في الزاني؛ لأنه لا يبغي الحل.

(١) انظر: مرطاً للإمام مالك (٢/٥٣٦، ٥٧٥).

الخامس: إذا طلق الرجعية طليقة أخرى بعد المراجعة، فتستأنف العدة أو تبني؟ فيه قولان مشهوران:

أحدهما: البناء، كما إذا طلقها طليقة بائنة، ثم جدد نكاحها بعد قرء، ثم طلقها قبل المسيس، فإنه يكفيها قرءان، ولا تستحق إلا نصف المهر خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. والثاني: الاستئناف؛ فإنها مردودة إلى نكاح جرى فيه وطء بخلاف تجديد النكاح. أما إذا طلقها قبل الرجعة، فقد قال الشافعي رضي الله عنه: من قال تستأنف في تلك الصورة يلزمه أن تستأنف هاهنا. فمنهم من قال: هو تفريع؛ فيخرج هذا أيضاً على قولين. ومنهم من قطع بأنه لا تستأنف؛ لأن الطلاق الثاني تأكيد للأول؛ فلا يقطع العدة.

فإن قلنا بالاستئناف، فإن كانت حاملاً فيكفيها وضع الحمل؛ لأن هذه بقية تصلح لأن تكون عدة مستقبلية.

ولو راجعها، فوضعت، ثم طلقها: استأنفت ثلاثة أقرء على قول الاستئناف. وعلى قول البناء وجهان:

أحدهما: أنه لا عدة عليها؛ إذ لا وجه بعد الطلاق للاستئناف ولا للبناء. والثاني: أنا نرجع إلى قول الاستئناف إذ لا سبيل إلى إسقاط حقهم عند تعلز البناء. أما إذا راجع الحائل في الطهر الثالث، ثم طلقها، قال القفال: هذا كالمراجعة بعد تمام العدة؛ لأن بعض الطهر الثالث قرء كامل. وقال الشيخ أبو محمد: القرء هو البعض الأخير المتصل بالخيض، وهذا جرى في النكاح، والنصف الأول لا يعتد به. السادس: لو خالغ زوجته بعد المسيس، ثم جدد نكاحها، وطلق بعد المسيس: لم يكن عليها إلا عدة واحدة، وتندرج بقية الأولى تحت هذه. ولو مات، فهل تندرج تلك البقية تحت عدة الوفاة مع اختلاف نوع العدة؟ فيه وجهان.

القسم الثاني من الكتاب في عدة الوفاة وحكم السكني

وفيه بابان:

الباب الأول في موجب العدة، وقدرها، وكيفيتها

وفيه فصول:

الفصل الأول: في الموجب والقدر

فنقول: المتوفى عنها زوجها، عليها عدة الوفاة، مَمْسُوسَةٌ كانت أو لم تكن. وإن

كانت حاملاً، فمهما وضعت حلت ولو في الساعة. ويجل لها غسل الزوج عندنا بعد العدة، وبعد نكاح زوج آخر. وإن كانت حائلاً، فتعد أربعة أشهر وعشراً^(١). والأمة تعتد بشهرين وخمسة أيام، وتنقضي العدة وإن لم تحض في هذه المدة، خلافاً لمالك، رحمه الله؛ لأن الله تعالى لم يتعرض للحيض مع تعرض النساء له. ومالك، رحمه الله، يقول: لا أقل من حيضة واحدة، أو وقوع الحيض المعتاد مرة أو مرات.

فرع: لو طلق إحدى امرأته على الإبهام، ومات قبل البيان، فعلى كل واحدة أربعة أشهر وعشر للاحتياط إن [كانتا حائلتين غير مدخول بهما. وإن كانتا حاملتين فعليهما التربص إلى حين الوضع. وإن كانتا حائلتين من ذوات الأشهر، فعليهما أربعة أشهر وعشر؛ إذ تنقضي الأشهر الثلاث أيضاً. وإن]^(٢) كانتا من ذوات الأقراء، فعلى كل واحدة التربص بأقصى الأجلين، ويكفي غير المدخول بها تربص أربعة أشهر وعشر.

الفصل الثاني: في المفقود زوجها

فإن وصل خبر موته ببينة، فعدتها من وقت الموت عندنا. وقال علي، رضي الله عنه: من وقت بلوغ الخبر. وإن اندرس خبره وأثره، وغلب على الظنون موته، فقولان: أحدهما: أنها زوجته إلى أن تقوم البينة بموته. وهو القياس؛ لأن النكاح ثابت بيقين، فكيف يقطع بالشك؟.

والثاني: أنها تتربص أربع سنين، ثم تعتد بعد ذلك عدة الوفاة. وقد قلد الشافعي فيه عمر، رضي الله عنهما، في القديم، ورجع عنه في الجديد. وقال: لو قضى به قاضي نقضت قضاءه؛ إذ بان له أن تقليد الصحابة لا يجوز للمجتهد.

وقد طول الأصحاب في التفريع عليه، وقد ذكرناه في المذهب البسيط؛ فلا معنى له مع صحة الرجوع عنه.

ثم على الجديد، فلها طلب النفقة من مال الزوج أبداً؛ فإن تعذر كان لها طلب الفسخ بعذر النفقة على أصح القولين.

الفصل الثالث: في الإحداد

وذلك واجب في عدة الوفاة وغير واجب في عدة الرجعية. وفي عدة البائنة قولان

(١) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون متكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤].

(٢) هذه العبارة التي بين المعكوفتين ساقطة من النسخة الأصل التي نعتمد عليها وأثبتناها من أصل آخر بالمقابلة مع ط. دار السلام.

وفى المفسوخ نكاحها طريقان. منهم من قطع بأنها لا تجب، كالمعتدة من شبهة، وكأم الولد إذا مات عنها سيدها. ووجه حداد المطلقة الباتنة: القياس على عدة الوفاة. ووجه الفرق: أنها مجفوة بالطلاق، وإنما يليق الإحداد بالمتفجعة بالموت.

والأصل، في وجه الإحداد، قول رسول الله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»^(١) فأفاد هذا جواز الحداد ثلاثة أيام على الجملة، وتحريمه بعد الثلاث وبعد العدة.

ومعناه: ترك الزينة، والطيب، على قصد الحداد، وإلا فلا منع عن ترك الزينة.

فإن قيل: وما كيفية الحداد؟ قلنا: معناه ترك التزين والتطيب. والحداد من: «الحد» وهو المنع. والتزين إنما يكون بالتنظف والثياب والحلى.

أما التنظف بالقلم، والاستحداد، والغسل، وإزالة الوسخ: فلا يحرم. وأما الثياب، فالنظر في جنسها ولونها. أما الجنس، فتحل كلها سوى الإبريسم^(٢)، فيحل الخنز والدبقي والكتان وغيره مما يحل للرجال. وأما الإبريسم، فإنما أحل لها لأجل التزين للرجال. وقال العراقيون: الإبريسم، في حقها، كالقطن في حق الرجال، وإنما عليها ترك المصبوغات من الثياب. والأول أصح.

وأما الحلى، فيحرم ما هو من الذهب؛ لأنها خاصية النساء. والظاهر أنه أيضاً يحرم التحلى باللائع المجردة؛ لأنها للزينة. وأما التختم بخاتم، يحل مثله للرجال، فلا يحرم. وأما المصبوغ للزينة، كالأحمر والأصفر والأخضر، فهو حرام من القطن والكتان وغيره.

وأما الأسود والأكهب الكدر، وما لا يتزين به، فهو جائز. ولا فرق بين أن يُصبغ بعد النسج أو قبله، وخصص أبو إسحاق المروزي، رحمه الله، التحريم بالمصبوغ بعد النسج. أما الثوب الخشن، إذا صبغ على خلاف العادة صبغ الزينة، حكى صاحب «التقريب» فيه قولين، ووجه المنع: أنه من البعد تظهر به الزينة.

(١) هذا الحديث له ألفاظ كثيرة جداً، صحت عن جماعة من الصحابة منها على سبيل المثال ما ذكره المصنف أخرجه البخاري (٩٩/٢، ٧٦/٧، ٧٩)، ومسلم (الطلاق ب٩، رقم ٥٨، ٥٩، ٦٢، ٦٣، ٦٥)، وأبو داود (٢٢٩٩)، والترمذي (١٨، ١١٩٥، ١١٩٦)، والنسائي (١٩٨/٦)، (٢٠٤)، وابن ماجه (٣٥، ٢٠٨٥، ٢٠٨٦)، وأحمد (٣٧/٦، ٣٢٥، ٤٢٦).

(٢) سبق ذكره وهو الحرير، والخنز: ما نسيج من صوف وحرير، أو ما ينسج من حرير حاص، والدبقيّة: ثياب تنسب إلى دبيق، قرية بمصر. والدبوقّة: الشعر المفتول المنسوج، أو المصمور. انظر: المعجم الوسيط (٢٧٠/١).

وأما الزينة في أثاث البيت والفرش، فلا تحرم؛ وإنما الحداد في بدنهما. وأما الطيب، فيحرم عليها ما يحرم على المحرم. ويَحْرُمُ عليها أن تدهن رأسها ولحيتها، إن كانت لها لحية، كالمَحْرَم. ولا يحرم عليها أن تدهن بدنهما إن لم يكن فيه طيب، وإنما يمنع في الشعر.

وأما تصفيف الشعر وتجعيده بغير دهن، ففيه تردد. وأما الاكتحال، فقد قال الشافعي. رضى الله عنه: «لا بأس بالإثمد» فاتفقوا على أنه أراد به العربيت؛ فإنهن إلى السواد أميل؛ فلا يزينهن الإثمد. أما البيضاء فلا يجوز ذلك لها إلا لعل الرمء، وعيها أن تكتحل ليلاً وتمسح نهاراً، هكذا أمر رسول الله ﷺ أم سلمة، رضى الله عنها^(١)، إلا أن تحتاج إلى ذلك نهاراً أيضاً فيجوز، وعليها ملازمة المسكن إلا الحاجة. ولو تركت جميع ذلك، عصت ربها وانقضت عدتها.

الباب الثاني في السكنى

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: فيمن تستحق السكنى

وتستحق المطلقة المعتدة، بائة كانت أو رجعية؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، ولا تستحق المعتدة عن وطء الشبهة، ونكاح فاسد، ولا المستولدة إذا عتقت؛ لأن الآية وردت في النكاح. نعم هل تجب في عدة الوفاة؟ قولان. وفي عدة بعد انفساخ النكاح طريقان. منهم من قال: قولان، ومنهم من قطع بأنها لا تستحق إن كان الفسخ منها بعينه، أو عتقها، أو كان منه ولكن بعينها، أو ما يكون بسبب منها. أما ما ينفرده الزوج، كرده وإسلامه، ففيه قولان. ومأخذ التردد: أن الآية وردت في فراق الطلاق، وهي تردد في أن فراق الموت والفسخ، هل هو في معناه؛ لأن إيجاب السكنى بعد البينة كإخراج عن القياس.

وأما الصغيرة التي لا تحمل الجماع، ففي سُكْنَاهَا من الخلاف ما في نفقتها في صلب النكاح، وكذلك الأمة إذا طلقت، فإن قلنا: الزوج يستحق تعيين المسكن في صلب النكاح، فعليها ملازمة المسكن بعد النكاح. وإن قلنا: إن السيد يبوئها بيتاً،

(١) حديث أم سلمة، رضى الله عنها، أخرجه مالك (٦٠٠)، وأبو داود الطلاق ب (٤٦)، والنسائي (٢٠٤/٦)، والبيهقي (٤٤٠/٧، ٤٤١)، والسيوطي في الدر المنثور (٢٩٠/١)، وابن عبد البر في تجريد التمهيد (٨٢٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٣٣٣٣). قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٩٣/٦): قال الحافظ: وسنده صحيح، ولهذا قال مالك في رواية عنه عنه مصقلاً.

وطلقت في ذلك البيت، فالظاهر: أنها لا يلزمها ملازمة المسكن؛ لأن العدة تلتفت على النكاح. وقيل: إنه يجب ذلك.

ثم إذا أوجبنا ملازمة المسكن، ففي وجوب لزوم السكنى على الزوج خلاف يلتفت على النفقة في صلب النكاح، فحيث كان يجب النفقة، يجب السكنى بعد الطلاق.

أما الناشئة إذا طُلت في دوام النشوز، قال القاضي: لا سكنى لها؛ إذ لم يكن لها نفقة، وهذا فيه نظر؛ لأنها إن طلقها في مسكن النكاح، فيجب عليها شرعاً لزوم المسكن، فإن أطاعت في ذلك فبالحرى أن تستحق السكنى.

الفصل الثاني: في أحوال المعتدة وهل يباح لها مفارقة المسكن؟

فنقول: يجب عليها لزوم المسكن حقاً لله تعالى؛ فلا يسقط برضا الزوج، وإنما يباح الخروج بعذر ظاهر. والأعذار على ثلاث مراتب:

الأولى: ما يرجع إلى طلب الزيادة، كزيارة وعمارة واستئناء مال، وتعجيل حج الإسلام، ولا يجوز الخروج لمثل ذلك.

الثانية: ما ينتهي إلى حد الضرورة، كوجوب الهجرة، والتمكين من إقامة الحد، أو خافت على زوجها أو مالها؛ لأن الموضع غير حصين، أو كانت تتأذى بأحمائها، أو تؤذيهم، وكل ذلك تسليط على الانتقال؛ لأن هذه المهمات أقوى في الشرع من لزوم المسكن في العدة.

الثالثة: ما ينتهي إلى حد الحاجة، كالخروج للطعام والشراب، أو تدارك مال أخبرت بأنه أشرف على الضياع، فذلك أيضاً رخصة في الخروج في حق من لا كافل لها ونحو ذلك، وإن كان هذا العذر نادراً، وكذلك حكم ملازمة المنزل في السفر إذا كانوا ينتجعون ويسافرون اعتياداً، فلها المسافرة معهم، ومهما خرجت لحاجة، فينبغي أن تخرج بالنهار؛ لأن الليل مظنة الآفات.

الفصل الثالث: فيما يجب على الزوج

وفيهِ مسائل:

الأولى: إذا كانت الدار مملوكة للزوج لم يجز له إزعاجها^(١)، ولا يجوز له مداخلتها الخلوة إلا في موضعين:

(١) أي طَرَفَهَا. زَعَجَهُ زَعَجًا: أَثْلَقَهُ. وَأَزْعَجَهُ: قَلَعَهُ مِنْ مَكَانِهِ. وَأَزْعَجَهُ: طَرَدَهُ. انظر: المعجم الوسيط (١/٣٩٣).

أحدهما: أن تكون هي في حجرة مفردة بالمرافق وعليها باب. فإن لم يكن عليها باب، أو كان مرافقها واحداً، كالمطبخ والمستراح في الدار، لم تجز المداخلة؛ لأن التوارد على المرافق يُفرض إلى الخلوة، وكذلك تحرم المداخلة وإن كانت الدار فيحاء مهما لم تنفصل المرافق ولم يحجب الباب.

الثاني: أن يكون معها في الدار محرم لها فلا خلوة، وكذلك إن كان مع الرجل زوجة أخرى، أو جارية، أو محرم له. ولو كان معها أجنبية، أو معتدة أخرى، فهل يمنع ذلك الخلوة؟ فيه تردد، مأخذه: أن النسوة المنفردات هل لهن السفر عند الأمن بغير محرم؟ ولو استخلى رجلان بامرأة فهو محرم، وليس ذلك كاستخلاء رجل بامرأتين، والوجه أن يقال: إن كان ممن يحتشم، أو يخاف من جانبه حكاية ما يجري من فجور، إن كان فهو مانع للخلوة وإلا فلا.

فرع: لو أراد الزوج بيع الدار، وعدتها بالحمل أو الأقراء، لم ينعقد؛ لأن المنفعة مستحقة لها، وآخر المدة غير معلوم ولو كانت من ذوات الأشهر فهو كبيع الدار المستأجرة، إلا إذا كان يتوقع طرآن الحيض في الأشهر، ففيه طريقان: منهم من لم يلتفت إلى ذلك؛ بناءً على الحال، ومنهم من منع البيع؛ لتوقع ذلك.

فإن صححنا، وطرأ الحيض، كان كما لو اختلطت الثمار بالمبيع، وقد ذكرناه في «البيع».

المسألة الثانية: إذا كانت الدار مستعارة، فعليها الملازمة إلى أن يرجع المعتبر. فإن رجع، فعلى الزوج أن يسلم إليها داراً يليق بها، ويذل الأجرة إن لم يجد بعارية، وكذلك إذا انتهت مدة الإجارة. فإن مست الحاجة إلى الأجرة، وأفلس الزوج، ضاربت الغرماء بأجرة ثلاثة أشهر إن كانت من ذوات الأشهر، وإن كانت من ذوات الأقراء، وعادتها مختلفة، ضاربت بالأقل. وإن كانت مستقيمة فمقدار العادة على الأصح، وفيه وجه: أنها بالأقل. وهو ضعيف؛ لأن حصتها لا تسلم إليها، وما يخص الغرماء يسلم إليهم؛ فالاحتياط لجانبها أولى، وكذلك الحامل تضارب لتمام تسعة أشهر؛ فإن الزيادة على ذلك نادر، لا يعتبر هذا إذا كان الزوج حاضراً، فإن كان غائباً استقرض القاضي عليه. فإن استأجرت من مالها، بغير إذن القاضي، ففي رجوعها على الزوج خلاف. ولا خلاف في أنها لو كانت في دار مملوكة، فلا تباع لحق الغرماء؛ لأنها كالموهونة فلا تخرج منها بحال.

المسألة الثالثة: إذا أسكنها في النكاح مسكناً ضيقاً لا يليق بها ورضيت، وطلقها،

فلها أن لا ترضى فى العدة، وتطلب مسكنًا لائقًا بها، وكذلك لو أسكنها دارًا فيحاء، فله أن ينقلها بعد الطلاق إلى موضع لائق بها، لكن قال القاضى: ينبغى أن يطلب لها أقرب مسكن يمكن إلى مسكن النكاح حتى لا يطول تردددها فى الخروج. وما ذكره لا يبعد أن يستحب. ولا شك فى أنه لا يخرجها عن البلدة.

المسألة الرابعة: إن ألزمت السكنى فى عدة الوفاة، فهى من التركة، فإن لم يكن وتبرع به الوارث وأراد إسكانها، كان لها ذلك. وإن قلنا: لا تستحق، فلو رضى الوارث بملازمة مسكن النكاح، فالظاهر: أنه يجب عليها ذلك مطلقًا، وقيل: إن كانت مشغولة الرحم، أو متوهمة الشغل، فله ذلك مطلقًا؛ لأجل صيانة الماء. وإن لم تكن ممسوسة فلا يلزمها ذلك، بل يجب عليها ملازمة أى مسكن شاءت. ثم هذا التعيين للوارث، وليس للسلطان ذلك.

الفصل الرابع: فى بيان مسكن النكاح

وفيه مسائل:

الأولى: إذا أذن لها فى الانتقال إلى دار أخرى، ثم طلقها قبل الانتقال، لازمت المسكن الأول. وإن طلق بعد الانتقال لازمت المسكن الثانى. والعبرة فى الانتقال بدنهما، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: العبرة بنقل الأمتعة.

وإن صادفها الطلاق فى الطريق، فثلاثة أوجه:

أحدها: ترجيح الأول؛ استصحابًا. والثانى: ترجيح الثانى؛ لأنها انتقلت عن الأول. والثالث: أنها تتخير بينهما؛ للتعارض، وكذا الكلام فيما إذا أذن لها فى الانتقال إلى بلدة أخرى، ففى جواز الانصراف خلاف.

الثانية: لو خرجت إلى سفر بإذنه، فطلقها بعد مفارقة عمارة البلد، فليس عليها الانصراف؛ لأن إبطال أهبة سفرها إضرار. فإن فارقت المنزل دون البلد فوجهان:

أحدهما: يجب الانصراف؛ لأنها بعد لم تنقطع عن الوطن. والثانى: لا؛ لأن ذلك إضرار بإبطال الأهبة. ولا خلاف فى أن لها الانصراف.

ثم إذا مضت لوجهها، فلها التوقف إلى إنجاز حاجتها، وعليها الرجوع لملازمة المسكن بقية مدة العدة إن كان يتوقع البلوغ. وإن لم تتوقع، ولكن بقى من العدة مدة تنقضى فى الطريق، ففى وجوب الانصراف خلاف، والظاهر: أنه لا يجب ولا فائدة فيه، ولا يكلفها التقدم على الرفقة؛ لأجل ذلك. وإن انقضت حاجتها قبل ثلاثة أيام، جاز لها استكمال الثلاث؛ لأنها مدة مكث المسافر شرعًا.

الثالثة: ما ذكرناه في سفر تجارة أو مهم. فإن كان سفر نزهة، أو مالا مهم فيه، وقد أذن لها عشرة أيام مثلاً، فطلقها في أثناء المدة، ففي جواز استيفاء المدة قولان ويجرى القولان في وجوب الانصراف إن طلقها في الطريق، وهكذا في المدة الزائدة على حاجة التجارة في سفر التجارة؛ لأنه ليس فيه مُهم، ولكن انضم الإذن في أهبة السفر فاحتمل أن يقال: في المنع إضرار.

ولو أذن لها في الاعتكاف عشرة أيام، فطلقها قبل المدة، فإن قلنا: لو خرجت بمثل هذا العذر جاز البناء على الاعتكاف المنذور، فعليها الخروج وإن كان الاعتكاف مندوراً؛ لأنه لا ضرر، وإنما هو مجرد إذن، فهو كما لو أذن لها في المقام في دار أخرى عشرة أيام، فطلقها يطل ذلك الإذن. وإن قلنا: إن الاعتكاف يطل، فيكون فيه ضرر كما في أهبة السفر.

ولا خلاف في أنها لو خرجت مع الزوج، فطلقها في الطريق، لزمها الانصراف؛ لأنها خرجت بأهبة الزوج، فلا تبطل عليها أهبتها. والخروج لغرض التجارة غير جائز؛ لأنه طلب زيادة، وإنما جاز ذلك في الدوام للضرر في فوات الأهبة.

الرابعة: إذا أذن لها في الإحرام، وطلقها قبل الإحرام، لم تحرم. وإن كان بعد الإحرام، وكان بعمره يمكن تأخيرها، ففي وجوب التأخير وجهان، ولعل الأصح جواز الخروج؛ لأن في مصابرة الإحرام ضرراً.

الخامسة: منزل البدوية كمسكن البلدية، لكن إن رحلوا بجملتهم فلها الرحيل. وإن رحل غير أهلها، فعليها المقام. فإن رحل أهلها، وهي آمنة في المقام، ففيه وجهان، وهو راجع إلى أن ضرر مفارقة الأهل، هل يعتبر؟

ولو كانوا يرجعون على قرب فعليها المقام؛ إذ لا ضرر. ولو ارتحلت معهم، فأرادت المقام بقرية في الطريق: جاز؛ فإن ذلك أحسن من السفر، بخلاف المأذونة في السفر؛ فإن رجوعها إلى الوطن أولى من الإقامة في قرية.

السادسة: إذا صادفها الطلاق في دار أخرى أو بلدة أخرى، فقال: ارجعي، فقالت: طُلق بعد الإذن في النقلة، فأنكر الزوج الإذن، نقل عن الشافعي، رضى الله عنه، أن القول قوله. وهو القياس، ولكن نقل أنه إن كان النزاع مع الورثة، فالقول قولها، وإلى الفرق ذهب أبو حنيفة، رحمه الله، وابن سريج، وكأن كونها في غير مسكن النكاح يشهد لها على الورثة لا على الزوج. ومن أصحابنا من جعل المسألتين على قول، ومنهم من جعلها على حالين، فنقول: إنما جعل القول قوله إذا كان النزاع في أصل

اللفظ، وإن كان في معنى اللفظ، بأن قالت: أردت بالإذن النقلة، وقال: بل النزهة، فالظاهر: تصديقها؛ فيقبل قولها.

القسم الثالث من الكتاب في الاستبراء^(١) بسبب ملك اليمين

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول في قدر الاستبراء، وشرطه، وحكمه

أما قدره: فهو قرء واحد؛ لأنه نادى نادى رسول الله ﷺ بعد سبي أوطاس «ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض»^(٢). وللمستبراء ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون من ذوات الأقرء، واستبراءها بقرء واحد وهو الحيض؛ لقوله عليه السلام: «حتى تحيض»؛ ولأنه إذا لم يعتبر إلا قرء واحد، فليعتبر الحيض؛ فإنه دليل على البراءة، هذا هو الجديد.

وفيه وجه آخر: أنه الطهر؛ قياساً على العدة؛ لأن التعبد غالب عليه، ولذلك يجب مع يقين البراءة إذا استبرأها من امرأة أو صبي.

الثاني: إذا قضينا بأنه حيض، فلا بد من حيض كامل؛ فلا يكفي بقية حيض. وإن قلنا: إنه طهر، فهل يكفي بقية الطهر؟ فيه خلاف؛ لأن العدة تشتمل على عدد، فجاز

(١) الاستبراء: هو التبرص الواجب بسبب ملك اليمين، حدوثاً أو زوالاً. وقد خص بهذا الاسم؛ لأن هذا التبرص مُقدَّر بأقل ما يدل على البراءة من غير تكرار. وخص التبرص الواجب بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقاً من العدد؛ لما فيه من التعدد كما بيناه في أول كتاب العدد بالهامش. انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢٣/١/٣)، نيل الأوطار (٣٠٦/٦).

(٢) الحديث عن أبي سعيد، أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة». أخرجه أحمد (٦٢/٣)، والبيهقي (٣٥٩/٥، ٤٤٩/٧، ١٢٤/٩)، والحاكم (١٩٥/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (١٤١/٣، ١٤٣، ١٧٩)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٣٣٣٨)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٧١)، وفتح الباري (٤٢٤/٤)، والألباني في إرواء الغليل (٢٠٠/١، ٢١٤/٧)، وللحديث ألفاظ وطرق أخرى.

قال الشوكاني (٣٠٥/٦): حديث أبي سعيد أخرجه أيضاً الحاكم وصححه، وإسناده حسن، وهو عند الدارقطني من حديث ابن عباس، وأصل بالإرسال. وعند الطبراني من حديث أبي هريرة بإسناد ضعيف. وأخرج الترمذي من حديث العرياض بن سارية، أن رسول الله ﷺ حرم وطء السبايا حتى يضعن ما في بطونهن، وأخرجه أيضاً ابن أبي شيبة من حديث علي، بلفظ: نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بمحضة. وفي إسناده ضعف وانقطاع. أ.هـ. وهذا هو اللفظ الذي أورده المصنف.

أن يعبر عن شيئين وبعض الثالث بثلاثة؛ ولأنه يجري فيه الحيض مرات، ولو صادف الملك آخر الحيض، فانقضى طهر كامل بعده، كفى على هذا القول. وقيل: إنه لا بد من حيض كامل بعده؛ لتحصيل دلالة على البراءة في ملكه، وهذا رجوع إلى القول الأول، وشهادة تضعيف هذا القول.

الحالة الثانية: أن تكون من ذوات الأشهر، وفيه قولان:

أحدهما: أنه يكفي شهر واحد.

والثاني: أنه لا أقل من ثلاثة أشهر؛ لأنه أقل مدة ضربت شرعاً للدلالة على البراءة، والأمور الطبيعية لا تختلف بالرق.

وأبو حنيفة، رحمه الله، يوجب على المستولدة، إذا عتقت، ثلاثة أقراء، أو ثلاثة أشهر؛ نظراً إلى حريتها في الحال، ونحن نكتفي بقرء واحد؛ نظراً إلى جهة الملك.

الحالة الثالثة: أن تكون حاملاً، فعدها بوضع الحمل وإن كان من الزنا؛ لإطلاق رسول الله ﷺ قوله: «حتى تضع». ومنهم من قال: لا تنقضي بالزنا كما في العدة وقيل: هذا يلتفت على أن المعتبر حيض، أم طهر؟ فإن اعتبرنا الحيض، من حيث إنه دليل البراءة، فكذلك حمل الزنا دليل البراءة وإلا فلا.

أما حكمه: فهو تحريم لوجوه الاستمتاع قبل غنامه إلا في المسيبة؛ ولأنه لا يحرم فيها إلا الوطء؛ لأن المانع في الشراء توقع ولدٍ من البائع يمنع صحة الشراء، وولد الحربي لا يمنع جريان الرق، وإنما استبرأؤها؛ لصيانة ماء المالك عن الامتزاج بالحمل، فيقتصر التحريم على الوطء. ومنهم من سوى، وحرم استمتاع المسيبة، أيضاً تبعاً.

أما شرطه: فإنه يقع بعد القبض، ولزوم الملك في مظنة الاستحلال، فلو جرت حيضة قبل قبض الجارية المشتراة، ففيه خلاف؛ لضعف الملك. والظاهر: أنه يجزئ؛ للزوم الملك. نعم، لم يعتد بها في الموهوبة قبل القبض، وفي الموصى بها قبل القبول، فلا أثر للقبض في الوصية. وفي مدة الخيار لا يجزئ إذا قلنا: الملك للبائع. وإن قلنا: للمشتري، فهو كما قبل القبض؛ لضعفه.

ولو كانت مجوسية أو مرتدة فأسلمت بعد انقضاء الحيض، فقد انقضى في الملك ولكن لا في مظنة الاستحلال، ففيه وجهان.

ومن خاصية الاستبراء، أنه ليس من شرطه الامتناع عن الوطء، بل لو وطئها «نقضى الاستبراء وعصى بالوطء. فإن أحبلها وهي حائض، حلت في الحال؛ إذ ما مضى كان حيضاً كاملاً وانقطع بالحيض، فإن كانت طاهراً لم ينقض الاستبراء إلى وضع حمل.

الفصل الثاني فى سبب الاستبراء

وهو جلب ملك، أو زواله.

الأول: الجلب. فمن تجدد له ملك على الجارية، هى محل استحلاله، توقف حلها على الاستبراء بعد لزوم ملكه بقرء، سواء كان الملك عن هبة أو بيع، أو وصية أو إرث، أو فسخ أو إقالة. وسواء كانت صغيرة أو كبيرة، أو حاملاً أو حائلاً.

وسواء كان المالك ممن يتصور منه شغل أو لا يتصور، كامراً أو مجبوباً أو صبي. وسواء كانت قد استبرأت قبل البيع أو لم تكن. وقال داود: لا يجب استبراء البكر. وقال مالك، رحمه الله: الصغيرة التى لا توطأ، لا تستبرأ.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجب إذا عادت بخيار رؤية، أو رد بعيب، أو رجوع فى هبة، أو إقالة قبل القبض. وأوجب فى الإقالة بعد القبض.

وأحق أصحابنا، بزوال الملك، المكاتب إذا عجزت وعادت إلى الحل؛ لأنها صائرة إلى حالة تستحق المهر على السيد، ولذلك تحمل أخت المكاتب.

ولا خلاف فى أن التحريم بالصوم والرهن لا يؤثر. أما زوال إحرامها وإسلامها بعد الردة، وطلاق زوجها إياها: ففيه خلاف؛ لتأكيد هذه الأسباب. وإيجاب ذلك فى المزوجة أولى؛ لأن الزوج قد استحق منافعتها، ثم يرجع الاستحقاق إليه. أم إذا اشترى منكوحته الرقيقة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجب؛ لأن الحل دائم من شخص واحد.

والثانى: يجب؛ لتبدل جهة الحل.

ولو باع جاريته بشرط الخيار، ثم رجعت إليه فى مدة الخيار، فإن قلنا: لم يزل ملكه، فلا استبراء. وإن قلنا: زال الملك وحرم الوطء، لزم الاستبراء. وإن قلنا: زال الملك ولكن الوطء جائز؛ لأنه فسخ، فهانئاً يحتمل أن يقال: الحل مطرد، والجهة متحدة، بخلاف شراء الزوجة، فلا استبراء. ويحتمل أن ينظر إلى تجدد الملك، وبه يعمل استبراء المنكوحه المشتراة.

فرع: لو اشترى محرمة، أو معتدة، أو مزوجة، ففسى وجوب استبرائها بعد انقضاء العدة، أو بعد طلاق الزوج من غير دخول نصوص مضطربة للشافعى، رضى الله عنه، فقل: فيه قولان:

أحدهما: أنه يجب، وهو القياس. ولا يبعد أن يتأخر الاستبراء عن الملك إلى وقت

الطلاق وزوال العدة.

والثاني: أنه لا يجب؛ لأن الموجب جلب الملك ولم تكن إذ ذاك فى مظنة الاستحلال، فهو كشراء الأخت من الرضاع لا يوجب الاستبراء، ولما حصل الحل لم يتجدد ملك حتى يجب به.

السبب الثانى: زوال الملك: فنقول: الجارية الموطوءة، مستولدة كانت، أو لم تكن، فهى فى حكم مستفرشة. فإذا أعتقت بعد موت السيد أو بالإعتاق، فعليها التربص بقرء واحد. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: أما المستولدة فتربص عند العتق، ولكن بثلاثة أقراء؛ نظراً إلى كمالها فى الحال. وأما الأمة، فلا تربص عليها، وزاد فقال: «لو وطئها السيد، وأراد فى الحال تزويجها، جاز من غير استبراء». وهذا هجوم عظيم على خلط المياه. وعندنا: أن كل جارية موطوءة، لا يحل تزويجها إلا بعد الاستبراء. وكأن هذا الاستبراء من نتيجة حصول ملك الزوج، فإن ملك السيد لم يزل، إلا أنه يجب تقديمه على الملك؛ لأن النكاح يقصد لحل الوطء، فلا يمكن عقده إلا بحيث يستعقب الحل. وأما المشتري فيستبرئ بعد الملك؛ لأن الشراء بقصد الأغراض المالية فلا يقبل الحجر بسبب الوطء. نعم، إن عزم على الشراء قدم الاستبراء عليه.

فروع: الأول: لو اشترى المستفرشة المستبرأة، تسلط على التزويج، وأعتق قبل التزويج أو باع وأراد المشتري التزويج أو أعتق المشتري قبل الوطء، فأراد التزويج، ففى جواز ذلك ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر أنه يجوز؛ إذ كان يجوز قبل زوال الملك، فطراً العتق أو الشراء لم يحرم تزويجاً كان ذلك جائزاً.

والثانى: أنه لا يجوز؛ لأن زوال ملك الفرائش سبب يوجب عدة الاستبراء، وقد طرأ؛ فامتنع بهذا الطارئ حتى يزول.

والثالث: أن ذلك يمنع فى المستولدة دون الرقيقة؛ لأنها بالمستفرشة أشبه.

والثانى: المستولدة المزوجة إذا طلقها زوجها، واعتدت فأعتقها السيد وأراد تزويجها قبل الوطء، فهل له ذلك؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ إذا كان يجوز قبل العتق.

والثانى: لا؛ لأن عتقها هو زوال ملك الفرائش، وقد صارت مستفرشة له بانقضاء عدتها وإن لم يطأها؛ إذ عادت إلى فراشه.

أما إذا قال: أنت حرة مع آخر العدة، فهانئ لم ترجع إلى فراشه، فمنهم من قطع

بجواز التزويج. ومنهم من طرد القولين، وجعل مجرد زوال الملك عن المستولدة سبباً للعدة.

الثالث: إذا أعتق المستولدة المزوجة، وهى فى صلب النكاح أو عدته، فالظاهر: أن الاستبراء لا يجب؛ لأنه ليس الزائل فراشاً له، بل هى فراش للزوج، وفيه قول آخر: أنه يجب؛ لزوال ملك السيد، وقد كانت مستفرشة من قبل. فإن أوجبنا فى العدة، فلا يخفى أنهما لا يتداخلان. ويبقى النظر فى التقديم والتأخير كما سبق.

الرابع: إذا أعتق مستولدته، وأراد أن ينكحها فى مدة الاستبراء، ففى جوازه خلاف، والأظهر جوازه؛ كما لو وطئها بالشبهة وأراد أن ينكحها. والثانى: المنع؛ لأن زوال الملك أوجب تعديداً بالاستبراء، ولذلك منع من التزويج من الغير على وجهه، مع أنه كان جائزاً قبل العتق.

الخامس: المستولدة المزوجة إذا مات زوجها وسيدتها جميعاً، فإن مات السيد أولاً فعليها عدة الوفاة، أربعة أشهر وعشر. فإن مات الزوج أولاً، فعليها نصف ذلك. وإن استبهم فعليها الأخذ بالأحوط، وذلك ظاهر إذا فرعنا على الصحيح فى أنه ليس عليها استبراء للسيد. وإن أوجبنا، فبعد مضى عدة الوفاة، لابد من شهر آخر إلا إذا كانت من ذوات الأقراء فتكفيها حيضة وإن جرت فى مدة العدة؛ لأن المقصود وجود صورة الحيض بعد موت السيد، وقد حصل. وإن لم تجر، فلا بد منها بعد العدة.

وإن ماتا معاً فلا استبراء؛ لأنها ما عادت إلى فراشه. والظاهر: أن عدتها شهران وشئ، بخلاف ما لو تقدم موت السيد بلحظة على موت الزوج. وفيه وجه: أنها لو عتقت فى أثناء العدة استكملت عدة الحرائر، فإذا أعتقت مع موته، فهو أولى بذلك.

قاعدة: يجوز اعتماد قولها: «إنى حضت»؛ فلا سبيل إلى تحليفها؛ إذ لا يرتبط بنكولها حكم؛ فإن السيد لا يقرر على الحلف، ولا اطلاع له على حيضها.

ولو امتنعت عن غشيانها، ورفعت إلى القاضى، فقال: قد أخبرتنى بالحيض، فالأوجه تصديق السيد وتسليطه؛ إذ لولا ذلك لوجب الخيلولة بينهما كما فى وطء الشبهة. فالاستبراء باب من التقوى فيفوض إلى السيد. وذكر القاضى أنه لا يبعد أن يكون لها المخاصمة والدعوى، حتى إن الجارية المورثة، لو ادعت أن المورث وطئها وطئاً محرماً على الوارث، فللوارث أن لا يصدقها، وهل لها تحليفه؟ فيه خلاف، فكذا هذا، ويتأيد بوجه ذكر: أن لها الامتناع عن وقاع السيد الأبرص، فيشعر بأنها صاحبة حق على الجملة.

الفصل الثالث فيما تصير به الأمة فراشاً

فنقول: قال رسول الله ﷺ: «الولد للفراش»^(١). فإذا استبرأ جارية، فأنت بولد قبل أن يطأها، فلا يلحق به؛ إذ لا فراش. وتصير فراشاً بالوطء. وإنما يلحقه الولد إذ استلحقه، أو أنت به لزمان يحتمل أن يكون منه بعد الوطء. ويثبت للفراش بأن يُقَرَّ بوطء عَرِيٍّ عن دعوى الاستبراء والعزل.

والصحيح: أن دعوى العزل لا تنفي الولد؛ لأن الماء سَبَّاق لا يدخل تحت الاختيار. والصحيح أن اعترافه بالوطء في غير المأثي لا يلحق الولد به. أما إذا قال: وطئت واستبرأتها بعده بحيض، فالمذهب: أنه ينتفى عنه الولد بغير لعان؛ لأن فراش الأمة ضعيف. ومنهم من قال: لا ينتفى إلا باللعان.

فإن فرعنا على المذهب، فأنكرت، فالقول قوله، فكأننا نقول: لم يقر إقراراً ملحقاً، وإن كانت هي المؤتمنة في رحمها.

ولو ادعت أمية الولد، فلها تحليفه، ثم فيه وجهان.

أحدهما: يحلف أنها حاضت بعد الوطء، وما وطئها بعد الحيض. والثاني: أنه يضيف إلى ذلك: أن الولد ليس مني حتى ينتفى.

ولو أنت بعد الوطء، لأكثر من أربع سنين، فمقتضى قولنا: إنها صارت فراشاً، أنه يلحقه. فإن قلنا: إنه ينتفى بدعوى الاستبراء، فهذا أظهر. وإن قلنا: لا ينتفى، فهذا فيه تردد. وعلى الجملة، هذا بالنفي أولى من الاستبراء. ويقرب من هذا، أنها لو أنت بولد، ثم أنت بولد آخر لأكثر من ستة أشهر من الولد الأول، فإنه ولد بعد الاستبراء بالولد

(١) للحديث ألفاظ وطرق، منها: عن عائشة مرفوعاً: «الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة»، زاد لنا قتيبة عن الليث: «وللعاهر الحجر». أخرجه البخاري (٦٨١٧)، ومسلم (١٤٥٧)، وسعيد بن منصور في سننه (٢١٣٠)، وعبد الرزاق (١٣٨١٨، ١٣٨١٩)، وبيهقي في النسخ، وفيه: «عنه» بدل «منه». أحمد (٢٥/١، ٦٩، ٢٠٧/٢، ٢٨٠، ٤٧٥، ٣٧/٦، ١٢٩، ٢٣٧، ٢٤٦)، وعبد الرزاق (١٢٣٦٩، ١٣٨٢١، ١٣٨٢٤)، وابن عبد البر (١٧٨/٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨٢)، والدارقطني (٤١/٣)، وابن أبي شيبة (٤١٥/٤)، والهيثمي (١٥/٥).

وعن أبي هريرة مرفوعاً: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». أخرجه البخاري (٦٨١٨)، ومسلم (١٤٥٨)، وأبو داود (٢٢٧٣)، وابن ماجه (٢٠٠٦، ٢٠٠٧)، والترمذي (١١٥٧)، وأحمد (٥٩/١، ٦٥، ٢٣٩/٢، ٣٨٦، ١٧٦/٤، ١٨٧، ٢٦٧/٥)، ومالك (٧٣٩)، والدارمي (١٥٢/٢)، والشافعي (١٨٨)، وعبد الرزاق (٥٨٠٠)، والبقوي (٢٧٦/٩)، والساعاتي (١٦٨٥)، هذا وللحديث ألفاظ أخرى.

الأول. فمنهم من قال: يلحق؛ إذ صارت فراشاً. ومنهم من قال: لا؛ إذ ليس يتبست لها عند الشافعي، رضى الله عنه، حكم المستفرشة. وعلى هذا يلتفت أن المستفرشة إذا طلقها زوجها، هل تعود فراشاً بمجرد الطلاق حتى يجب الاستبراء بعقدها قبل الوطء؟ فإن قلنا: تعود فراشاً، لحقه الولد من غير إقرار جديد بالوطء، لكن الأصح أنها لا تعود فراشاً.

فرع: إذا اشترى زوجته، وأنت بولدٍ لزمان يحتمل أن يكون في النكاح وفي ملك اليمين، فيلحقه الولد؛ إذ الأمة لا تنحط عن البائنة، ولكن لا تصير أم ولد له إذا لم يعترف بوطء في الملك. وفيه وجه: أنها تصير أم ولد له؛ لأنها ولدت منه في ملكه، وهو بعيد. نعم، لو أقر بالوطء واحتمل أن يكون من النكاح وملك اليمين، فيحتمل ترددًا في أمية الولد. ووجه إثباته أن يقال: ملك اليمين مع الإقرار بالوطء يثبت فراشاً ناسخاً لفراش النكاح، فيحال الولد على الناسخ. ويمكن أن يقال: ملك اليمين لا يقوى على نسخ فراش النكاح، ويبتنى عليه تردد في أن زوج الأمة، إذا طلقها قبل المسيس، وأقر السيد بوطئها، وأنت بولد لزمان يحتمل أن يكون منهما، فيحتمل أن يلحق بالسيد؛ لأن فراشه ناسخ، ويحتمل أن يعرض على القائف.

* * *

كتاب الرضاع^(١)

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقال النبي ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢).
وفي الكتاب أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركان الرضاع وشرائطه

أما الأركان فثلاثة: المرُضِعُ، واللبنُ، والمرْتَضِعُ.

أما المرضع: فهو كل امرأة حيّة تحتمل الولادة. فاحترزنا «بالمرأة» عن البهيمة والرجل؛ فلو ارتضع صغيران من بهيمة فلا أخوة بينهما؛ لأن الأخوة تتبع الأمومة، وقال عطاء: تثبت الأخوة. ولو درّ لبن من ثدي الرجل فلا أثر له، وفيه وجه: أنه كلبن المرأة.

(١) الرضاع: بفتح الراء، ويجوز كسرهما وإثبات التاء معهما. وهو لغة: اسم لمص الثدي.

وشرعاً: اسم لمحصل لبن امرأة - أو ما حصل منه - في معدة طفل أو دماغه.

والرضعة: قال الشوكاني هي المرة من الرضاع كضربة وجلسة وأكلة فمتى التقم الصبي الثدي فامتص منه ثم تركه باختياره لغير عارض كان ذلك رضعة وفي القاموس: رضع أمه، كسمع وضرب رضعاً ويحرك ورضاعاً ورضاعة ويكسران ورضعاً ككتف فهو راضع إلى أن قال: امتص ثديها، ثم قال في مادة مصصته: أنه بمعنى شربه شرباً رقيقاً وفي الضياء أن المصصة الواحدة من المص، وهي أخذ اليسير من الشيء. أ. هـ.

وجعل الرضاع سبباً في التحريم؛ لأن جزء المرضعة - وهو اللبن - صار جزءاً للرضيع باغتذائه به، فأشبهه منيها في النسب. انظر: نيل الأوطار (٣١٠/٦)، المصباح المنير (٣١٥/١)، القاموس المحيط (٩٣٢)، روضة الطالبين (٣/٩)، مغني المحتاج (٤١٤/٣).

(٢) الحديث باللفظ الذي أورده المصنف: أخرجه: أحمد (٣٢٩/١)، والبيهقي (٤٥٢/٧، ٤٥٣)، والبخاري (٥٠٢/١)، والطبراني (٩٤/٢، ١٩٦/٨، ٣٤٧/١١، ٣٧/١٢)، والزيلعي في نصب الراية (١٦٨/٣)، والزيدي في الإنحاف (٣٣٨/٥)، والمتقي في كنز العمال (١٥٦٦٨)، والألباني في الإرواء (٢٨٢/٦)، ومسنّد أبي حنيفة (١٠٤)، وجامع مسانيد أبي حنيفة (٩٤/٢)، وأخرج نحوه مع تبديل لفظ [الولادة] بدل [النسب] البخاري (٥٠٩٩)، ومسلم (الرضاع ٩٧، ٩٠٢، ١٢، ١٣)، وأبو داود (٢٠٥٥)، والنسائي (٩٩/٦)، وابن ماجه (١٩٣٨، ١٩٣٧)، وأحمد (٤٤/٦، ٥١، ٦١/٦)، والدارمي (١٥٦/٢)، والبيهقي (٢٧٥/٦، ١٥٩/٧، ٤٥١)، والتبريزي (٣١٦١)، والمتقي (١٥٧٢، ١٥٦٦٧)، والبخاري في شرح السنة (٧٣/٩)، وإرواء العليل (٢٢٦/٧).

أخرجه بلفظ [الرضاعة] بدل [الرضاع] مالك (٦٠٧)، أحمد (٤٤/٦، ٥١، ٦٦)، والبيهقي (١٥٩/٧، ٤٥١).

والصبية بنت ثمان، إن درّ لبنها، فلا حكم له، بل هو كلبن الرجل. وفي لبن البكر وجهان:

أحدهما: يُحرم؛ لأنها في محل الولادة وإن لم تلد قطعاً. والثاني: أنها كالرجل؛ إذ اللبن فرع للولد، ولا ولد.

أما لو أجهضت جنيناً فلبنها مؤثر. وإذا درّ لبن لصبية بنت سنين، وقننا: «يعتبر لبن البكر»؛ اعتبر ذلك؛ لاحتمال البلوغ. ثم لا يحكم ببلوغها بمجرد اللبن ولكن كما يلحق الولد بابن تسع سنين، ولا يحكم ببلوغه.

وأما المرأة الميتة إذا بقي في ضرعها لبن، فلا يؤثر لبنها؛ لأنها جثة منفكة عن الحل والحرمة كالبهيمة، نعم لو حُلِبَ في حياتها، وارتضع بعد الموت، كان محرماً على المذاهب، وفيه وجه: أنه لا يحرم؛ لأن الميت لا يحتل ابتداء الأمومة.

الركن الثاني: اللبن. والمعتبر عندنا وصول عينه إلى الجوف، وإن لم يبق اسمه، حتى لو اتخذ منه جبن أو أقط أو مخض منه زبد، فأكله الصبي: حرّم، فلم يتبع الشافعي، رضي الله عنه، اسم اللبن، وإن اتبع اسم الإرضاع وعول على الخبر فيه.

ولو اختلط بمائع، وهو غالب، حرّم. وإن كان مغلوباً بحيث لا يظهر له لون وطعم، فإن اختلط بما دون القلتين، وشرب الصبي جميعه، ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يُحرم؛ لأنه قد ائتمق. والثاني: نعم؛ لأن العين باقية فيه، وقد وصل إلى الجوف. فعلى هذا لو شرب بعضه فوجهان:

أحدهما: يحرم؛ لأنه مثبت في الجميع. والثاني: لا، فلعله في الباقي. والوجه القطع بأنه يعتبر يقين الإثبات. فإن شك، فالأصل عدم التحريم.

أما إذا اختلط بقتلين، فالترتيب على العكس، وهو أنه إن شرب بعضه لم يحرم، وإن شرب كله فقولان مرتبان على ما دون القلتين، وأولى بأن لا يؤثر.

ثم لم نعتبر القلتين في سائر المائعات، بل في الماء خاصة، واعتباره بعيد.

وقال الشيخ أبو حامد: المغلوب، يعني به الذي لا يؤثر في التغذية، لا الذي لا يؤثر في اللون.

الركن الثالث: المحل. وهو جوف الصبي الحي؛ فلا يؤثر الإيصال إلى جوف الميت، ولا إلى جوف الكبير. ونعني بالجوف: المعدة، ومحل التغذية؛ لأن الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم. فلو وصل إلى جوف لا يغذى، كالمثانة والإحليل، فحيث لا يفطر لا يؤثر، وحيث يحصل الإفطار، ففي تحريم الرضاع قولان. وفي السعوط طريقان، منهم

من طرد القولين، ومنهم من قطع بالحصول؛ لأن الدماغ له مجرى إلى المعدة، فينتهي إليها بخلاف الحقنة.

أما الشرط فهو اثنان:

الأول: الوقت، فلا أثر للرضاع بعد الحولين عند الشافعي، رضى الله عنه، لقوله ﷺ: «لا رضاع إلا في الحولين»^(١)، ولقوله تعالى: ﴿حَوْلِينَ كَامِلِينَ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَتِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولا حكم لما بعد التمام. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «ثلاثون شهراً»، وقال ابن أبي ليلى: «ثلاث سنين»، وقال داود: «أبداً» وبه قالت عائشة، رضى الله عنها، واستدلّت بأن سهلة بنت سهيل قالت: كُنَّا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا، وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيْنَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ» ففعلت، وكان كبيراً، وأبى سائر الصحابة ذلك، وقالوا: «كان ذلك رخصة لسالم».

فروع: لو شككنا في وقوع الرضاع في الحولين، فيقرب من تقابل الأصلين؛ إذ الأصل بقاء الحولين، والأصل عدم التحريم، والأظهر أنه لا يحرم؛ فإنه الأصل، كالماسح إذا شك في انقضاء مدة المسح، قلنا: الأصل وجوب الغسل لا بقاء المدة.

الشرط الثاني: العدد. فلا يحرم إلا خمس رضعات؛ لقول عائشة، رضى الله عنها: «أنزلت عشر رضعات محرّمات، فَنَسِخْنَ بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ»^(٢). وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «يحرم برضعة»^(٣)، وقال أبو ثور وابن أبي ليلى: «يحصل بثلاث رضعات».

(١) الحديث عن ابن عباس رضى الله عنه، مرفوعاً. قال الشوكاني في نيل الأوطار (٣١٦/٦): قال ابن عدى: يعرف بالهينم وغيره، وكان يغلط وصحح البيهقي وقفه ورجح ابن عدى الموقوف، وقال ابن كثير في الإرشاد: رواه مالك في الموطأ عن ثور بن يزيد، عن ابن عباس موقوفاً، وهو أصح وكذا رواه غير ثور، عن ابن عباس. أ. هـ.

الحديث أخرجه الدارقطني (١٧٤/٤)، والزيلعي (٢١٨/٣)، والمتقى فى كسز العمال (١٥٦٧٨)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٤/٤)، وللحديث شاهد فى صحيح البخارى بلفظ [فإنما الرضاعة من المجاعة] (ح ٥١٠٢).

(٢) الحديث أخرجه عن عائشة رضى الله عنها، مسلم (١٤٥٢)، وأبو داود (٢٠٦٢)، والترمذى (٤٥٦/٣)، والنسائى (١١٠/٦)، وابن ماجه (١٩٤٢)، والتبريزى (٣١٦٧).

(٣) واستدل الأحناف بأدلة منها: أن حديث عائشة متضمن لكون الخمس الرضعات قرأناً وإقراراً شرطه التواتر ولم يتواتر محل النزاع، ونفوا أن يكون ذلك قرأناً وقالوا: لو كان قرأناً لحفظ لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ الذَّكْرُ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾، واحتجوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَأُمّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضِعْنَكُمْ﴾، وإطلاق الرضاع يشعر بأنه يقع بالقليل والكثير، ومثل ذلك حديث «يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب».

ثم النظر في أمرين:

أحدهما: في التعدد. وإنما يتعدد بتخلل فصل بين الرضعتين، ويتبع فيه العرف كموجب اليمين. ولا ينقطع التواصل بأن يلفظ الصبي الثدي، ويلهو لحظة، ولا بأن يتحول من ثدى إلى ثدى؛ لأن ذلك إتمام رضعة واحدة، وإنما ينقطع بالإضراب ساعة، والعرف هو المحكم، وعند الشك الأصل نفى التحريم.

أما إذا حَلَبَت اللَّبَنَ دفعةً واحدةً، وشربه الصبي في خمس رضعات، فقولان، الأصح حصول العدد؛ نظرًا إلى تقطع الوصول.

والثاني: أنه ينظر إلى اتحاد الحصول والانفصال.

وإن حَلَبَ خمس دفعاتٍ، وتناوله الصبي من إناء واحد دفعة واحدة، فهو رضعة، فإن تناوله بدفعات فطريقان:

منهم من قطع بالعدد؛ لتعدد الطرفين. ومنهم من قال: اللبن في حكم المتحد لما اختلط.

الأمر الثاني: أن يتعدد الموضع ويتحد الفحل. كالرجل له خمس مستولدات، أو أربع نسوة ومستولدة، أرضعن بلبانه صغيرة، كل واحدة مرة، لا تحصل الأمومة. وهل تحصل الأبوة للفحل؟ فيه وجهان مشهوران:

أحدهما: أنه لا تحصل؛ لأن الأمومة أصل، والأبوة تتبع.

والثاني: تحصل؛ لأن الأبوة أيضًا أصل، وقد حصل العدد في حقه.

ولو كان بدلهن خمس بنات، فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا تحصل؛ لأن اللبن ليس منه حتى نقول: كأنه الموضع وهن كالظروف للبنه؛ لأن البنات كبنت واحدة من وجه، والأخوات كالبَنَات، وإذا ثبتت الحرمة مع ابنتيه انجرت إليه.

ولو كن مختلفات، كأم، وأخت وبنت وجدة وزوجة، فالظاهر أنه لا يحرم؛ لأن هذا المجموع لا يحصل منه قرابة واحدة يعبر عنها بعبارة. وقيل: يحرم؛ إذ لو استتمت كل واحدة خمسًا حرمت.

فرع: يعتبر تخلل فصل بين رضعات الزوجات، فلو أرضعن دفعة واحدة على التواصل فوجهان:

واحتجوا بما ثبت في الصحيحين عن عقبة بن الحرث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي أهاب، فإن النبي ﷺ لم يستفصل عن الكيفية ولا سأل عن العدد. واستدلوا بغير ذلك. راجع ذلك وأحاديثها في نيل الأوطار (٣١٢/٦).

أحدهما: أنه يتعد؛ لتعدد الموضع.

والثاني: أنه يتعد، كتعدد الثدي من واحدة؛ لأن الصبي ارتضع دفعة واحدة. فعلى هذا، لو عادت واحدة وأرضعت أربعاً حُرِّمَ عليها؛ لأنها كملت الخمس. وفيه وجه: أنه لا يحرم؛ لأن الرضعة الأولى لم تحسب رضعة تامة، ولو حُسبت لحصل التحريم بالمجموع. وهذا ضعيف.

الباب الثاني فيمن يحرم بالرضاع

ويحرم بالرضاع أصول وفروع، والأصول ثلاثة:

المرضعة: وهى الأم وزوجها وهو الأب.

والمرتضع: وهو الولد، ومنهم تنتشر الحرمة إلى الأطراف، حتى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

بيانه: أنه إذا حرم على المرتضع المرضعة، حرم عليه أمهاتها نسباً ورضاعاً؛ فإنهن جدات. وحرم عليه أخواتها نسباً ورضاعاً؛ فإنهن خالات. ولم تحرم عليه بنات أخواتها وإخوتها؛ فإنهن بنات الخالات والأخوال. وحرمت بناتها عليه نسباً ورضاعاً؛ فإنهن أخوات المرتضع وحرمت أولاد بنات المرضعة، قرين أو بعدن من النسب والرضاع؛ فإنه خالهن. وكما حرمت المرضعة على المرتضع، حرمت على أولاده من النسب والرضاع؛ فإنهم حوافدها، ولم تحرم على أب المرتضع، فلو تزوج بها أبوه فكأنه تزوج بأم الابن، ولا منع منه. ولو تزوج أخوه بها فلا منع، وكأنه تزوج بأم الأخ وهو جائز، وإنما لا يجوز فى النسب؛ لأنها زوجة الأب، وذلك حرام بحكم المصاهرة.

وهذا القياس بعينه جار بين المرتضع والفحل، فإذا كان هو للمرتضع أباً؛ فأبوه جد، وأخوه عم، وابنه أخ، وعلى هذا القياس.

والأصل فى الفحل أن عائشة، رضى الله عنها، احتجبت من «أفلح» فقال ﷺ: «وليلج عليك فإنه عملك»^(١) وكانت قد ارتضعت من زوجة أخيه.

(١) الحديث أخرجه البخارى (٥٢٣٩)، ومسلم (الرضاع ٦، ٧)، ومالك (٦٠١، ٦٠٢)، وأبو داود (٢٠٥٧)، والنسائى (١٠٣/٦)، وابن ماجه (١٩٤٨، ١٩٤٩)، والبيهقى (٤٥٢/٧)، والدارمى (١٥٦/٢)، والبخارى فى شرح السنة (٤٧/٩)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٣١٦٢)، وابن عبد البر فى التمهيد (٢٤٠/٨)، وابن أبى شيبه (٢٨٨/٤، ٢٨٨/١٤)، وسعيد ابن منصور فى سنته (٩٥١)، وابن حجر فى فتح البارى (٣٣٨/٩)، والحميدى فى مسنده (٢٢٩).

ولا يخالف الرضاع النسب إلا في أم الأخ من الرضاع، وأم الابن من الرضاع؛ فإنهما لا يحزمان من الرضاع، وإنما يحزمان من النسب؛ للمصاهرة والزوجية.

فصل: في مسائل تتعلق بالفحل خاصة

فنعول: إنما تثبت الحرمة من الفحل إذا أرضعت بلبانه ونُسب اللبن: يُنسب الولد إليه، وكل ولد منفي عنه فاللبن الحاصل بسببه منفي عنه كولد الزنا، والولد المنفي باللعان.

وأما لبن المولود من وطء الشبهة، فالصحيح أنه منسوب إليه كالولد، وقد نقل فيه قول، ووجهه أن النسب يثبت للضرورة، ولا ضرورة في الرضاع، وكذا طردوا هذا القول في الصهر.

فرعان: أحدهما: أنه لو وطئت المنكوحة بالشبهة، وأنت بولدٍ بحيث يُعرض على القائف، وفرعنا على الصحيح في ثبوت الرضاع بوطء الشبهة: فالرضاع تبع للنسب، فإذا أرضعت صغيراً، فهو ولد من ألحق القائف به المولود. فإن لم يكن قائف، وبلغ المولود، وانتسب إلى أحدهما: تبعه المرتضع في الرضاع. فإن مات قبل الانتساب ففى الرضيع ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه ينتسب بنفسه كالولد لأنه تابع، والآن مات المتبوع فقام مقامه ولكن هو ينتسب عند عدم الولد.

والثاني: أنه لا ينتسب؛ لأن الولد يبنى على ميل في الطبع تقتضيه الخلقة، وذلك لا يتحقق في الرضاع، فعلى هذا، نسبه في الرضاع مُبهم بينهما، فيحرم عليه مواصلةهما جميعاً، وهذا هو الأصح.

والثالث: أن الأمر موقوف، والحرمة قائمة، وعليه أن لا يواصلهما جميعاً، ولكن له مواصلة أحدهما، وإذا فعل، تعين، ولم يجوز له بعد ذلك مواصلة الثاني وإن طلق الأول. وفيه وجه: أن له مواصلة الثاني مهما طلق الأول، وإنما يحرم عليه الجمع؛ لأنه يتيقن التحريم عند الجمع، لا عند الإفراد. وفي المسألة قول آخر: أنه يثبت نسبه في الرضاع منهما؛ لأنه يحمل أبوان من الرضاع، ولا يحمل من السب. وهذا ضعيف، إلا أن يراد به شمول التحريم، وذلك صحيح.

الفرع الثاني: إذا طلق زوجته، ولبنها داراً، فهو منسوب إليه أبداً. وكذلك لو انقطع وعاد، ما لم تضع حملاً من واطئ آخر. وقيل: إنه يتقدر بأربع سنين، وهو أقصى مدة الحمل. وهو فاسد؛ لأن اللبن لا تتقدر مدته. ومهما وضعت حملاً من واطئ آخر شبهة،

أو نكاح: انقطع نسبة اللبن عنه، أما في مدة الحمل في النكاح الثاني، فهو منسوب إلى الأول إن قال أهل النظر: لم يدخل وقت دُرُور اللبن من الثاني. فإن قالوا: دخل، ففيه نظر، فإن كان اللبن لا ينقطع ففيه ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه للأول استصحاباً. والثاني: أنه لهما. والثالث: أنه إن زاد اللبن فلهما، وإلا فهو للأول.

وأما إذا كان قد انقطع وعاد بالحمل، فتلاثة أقوال:

أحدهما: أنه للأول؛ إذ لم يطرأ قاطع معلوم؛ فلا نبأ بقول أهل البصر: إن ذلك جائز، ولا بانقطاع اللبن. والثاني: أنه للثاني؛ لأن الحمل ناسخ. والثالث: أنه لهما جميعاً. والله أعلم.

الباب الثالث: في بيان الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغُرم فيه

ويشتمل هذا الباب على غوامض الكتاب، ولا بد من تقديم أصليين:

أحدهما: في الغُرم. والثاني: في التفاف المصاهرة بالرضاع.

الأول: في الغُرم: فإذا كان تحت صغيرة، فأرضعتها أمه، أو امرأته بلبانه، حرمت زوجته الصغيرة، وانقطع النكاح، وعلى الزوج نصف المسمى قبل الميسيس وجميعه، حيث ينقطع النكاح بمثله، بعد الميسيس. وأما المرضعة فقد فوتت ملك النكاح عليه فلا بد وأن تغرم. وقد نص الشافعي، رضى الله عنه، «أن عليها قبل الميسيس نصف مهر المثل». ونص في شهود الطلاق، إذا رجعوا، «أنهم يغرمون جميع مهر المثل»، ف قيل: قولان في المسألتين بالنقل والتخريج، ينظر في أحدهما إلى أن المستقر هو النصف، وفي الثاني، وهو الأصح، أن الملك بكماله مستقر، وإنما يسقط الشطر بالطلاق فيجب جميع المهر. ومنهم من فرق بأن الشهود لم يقطعوا، باطنًا، ملكه وإنما أوقعوا حيولة، والإرضاع قطع النكاح، والقطع قبل الميسيس لا يوجب إلا النصف. ومنهم من أقر النص في الشهود، وخرج منه قولاً إلى الرضاع أنه يجب التمام، وهو متجه في القياس. وذكر بعض أصحابنا قولين آخرين:

أحدهما: أنه يغرم نصف المسمى؛ لأنه الذي فات على الزوج متقومًا، أما البضع فلا يتقوم، وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله.

والثاني: كمال المسمى؛ لأنه الذي بذل الزوج؛ إذ التشطير خاصية الزوج.

وفي الشهود قول خامس: أن الزوج إن كان بذل كمال المسمى، وجب كمال المسمى؛ لأن الزوج منكر للطلاق، فلا يمكنه استرداد شطر المسمى.

أما إذا جرى بعد المسيس بأن كان تحته كبيرة وصغيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة، حتى صارتا أختين فحرم جميعهما، اندفعا على الصحيح، وفيما تغرم لأجل الكبيرة المسوسة قولان: الصحيح المقطوع به: أنها تغرم كمال مهر المثل. والثاني: أنها لا تغرم شيئاً؛ لأن الزوج بالوطء استوفى ما يقابل المهر، وكذلك إذا ارتدت بعد المسيس، لم تغرم شيئاً.

وهذا كله إذا كان الرضاع منها قصداً، فلو كانت المرضعة نائمة، فذبت الصغير إليها، وامتنعت، فالفسخ محال على الصغيرة حتى يسقط كمال المسمى، ولا تغرم المرضعة لعدم القصد.

ولا خلاف في أن فعلها في الارتضاع لا يعتبر مهما كانت المرضعة قاصدة، بل يحال على جانب المرضعة. وذكر الشيخ أبو علي في النائمة وجهين آخرين: أحدهما: أنه يحال على المرضعة؛ لأنها صاحبة اللبن فتنسب إليه. وهذا ضعيف. والثاني: أنها لا تغرم؛ لأنها لم تقصد، وتستحق الصغيرة نصف المسمى؛ إذ لا عبرة بفعلها.

أما إذا قطرت قطرة من اللبن، فطيرها الريح إلى فم الصغيرة، فلا غُرْمَ على صاحبة اللبن، والصغيرة تستحق شطر المهر؛ إذ لا فعل لها، ويرجع وجهه في النظر إلى صاحبة اللبن.

الأصل الثاني: في التفاف المصاهرة بالرضاع.

فنقول: إذا أرضعت امرأة صبية، فنكح الصبية رجل: حُرْمَ عليه المرضعة؛ لأنها أم زوجته، والأمومة سابقة على الزوجية. فلو نكح صبية وأبانها، فأرضعتها كبيرة. حرمت الكبيرة على المطلق؛ لأنها صارت أمَّ صغيرة كانت زوجته، إذ لا ينظر إلى التاريخ والتقديم والتأخير، وهذا متفق عليه. والمطلقة أو المستولدة إذا نكحت صغيراً، ثم أرضعته بلبان الزوج أو السيد: حرماً على المطلق والسيد؛ لأن الرضيع صبار ابن، وهي كانت زوجته قبل أن صار ابنًا فصارت أم الزوجة.

وكذلك لو نكح زيدٌ كبيرةً، وعمره صغيرة، ثم طلقاهما، ونكح كل واحد زوجة صاحبه، فأرضعت الكبيرة الصغيرة: حرمت الكبيرة عليهما؛ لأنها صارت أم صغيرة هي زوجته. وأما الصغيرة، فإن لم يكن زيد قد دخل بالكبيرة لما كانت تحته، فنكاح الصغيرة باق؛ لأنها صارت ربيبة امرأة لم يدخل بها. فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة، وأنفسخ النكاح؛ لأنها ربيبة مدخول بها.

فإن شهد هذان الأصلان انشعب منهما صور:

الصورة الأولى: إذا كان تحتها صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة بلبان الزوج: حرمتا عليه على التأييد؛ لأن الكبيرة صارت أم الزوجة، والصغيرة صارت ولد الزوج. فإن أرضعتها بلبان غيره، وكان بعد الدخول بالكبيرة: حرمتا على التأييد؛ لأن الكبيرة صارت أم الزوجة، والصغيرة ربيبة مدخول بها. وإن كان قبل الدخول حرمت الكبيرة مؤبدة؛ لما سبق، وانفسخ نكاح الصغيرة؛ لأنها اجتمعت مع الأم في النكاح. ولا يحرم تجديدها نكاحها؛ لأنها ربيبة غير مدخول بها. أما الغرم فإن ظهر فعلها، يسقط مهرها قبل الدخول، وغرم مهر الصغيرة كما سبق.

الصورة الثانية: لو كان تحتها كبيرة، وثلاث صغار، فأرضعتهم دفعة، بأن حلبت اللبن فأوجرتهم دفعة: حرمت هي على التأييد؛ لأنها أم زوجاته، وانفسخ نكاح الصغار لمعنيين:

أحدهما: ثبوت الأخوة بينهم.

والثاني: اجتماعهم مع الأم في النكاح.

ولم يحرم مؤبداً؛ لأن تحريمهم بسبب الاجتماع، ولكن بشرط أن لا يكون الارتضاع بلبان الزوج وأن يكون قبل دخوله بالكبيرة حتى لا يصرن ربائب مدخول بها.

وإن أرضعت الأولين، ثم الثالثة: انفسخ نكاحها مع الأولين، ولم ينفسخ نكاح الثالثة؛ إذ لم يبق في نكاحه امرأة حتى يمتنع الاجتماع. فلو أرضعت واحدة فواحدة على الترتيب، انفسخ نكاح الكبرى مع الأولى، ولم ينفسخ نكاح الثانية في الحال. وهل ينفسخ مع نكاح الثالثة وقد أرضعتها وتحتها الصغيرة الثانية؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وهو القياس؛ لأنهما أختان، فليست إحداهما بالاندفاع أولى من الأخرى.

والثاني: أنه تختص الثالثة بالاندفاع نكاحها؛ لأن سبب الجمع وجد بإرضاعها.

وكذلك لو أرضعت أجنبية صغيرتين تحت زوج واحد على التوالي: اندفع نكاح الثانية، وفي الأولى قولان.

وكذلك لو أرضعت أم إحدى الصغيرتين الأخرى، انفسخ نكاح المرتضعة، وفي الأخرى القولان، والأصح في الكل التدافع، وهو اختيار المزنّي، رحمه الله.

ولو كان تحتها أربع صغار، فجاء ثلاث خالات للزوج من جهة الأب والأم،

وأرضعت كل واحدة واحدة؛ لم يفسخ نكاحهن؛ لأنهن صرْنَ بنات الخالات. فلو جاءت بعد ذلك أمُّ أمِّ الزوج، أو امرأة أبي أمِّ الزوج، وارتضعت الرابعة: حرمت هي مؤبداً؛ لأنها صارت خالة للزوج، وصارت خالة للصغائر الثلاث؛ إذ صارت أختاً للخالة التي أرضعتهم، وأخت الخالة خالة، فيفسخ نكاحها، وفي انفساخ نكاح الثلاث، وهي بنات أختها، وقد اجتمعن في النكاح معها، قولان؛ لأن سبب الجمع يحقق منها.

المسألة بحالها: لو كانت الخالات متفرقات، إحداهن للأب والأخرى للأم، والأخرى للأب والأم، وجاءت أمُّ أمِّ الزوج، وارتضعت الرابعة: انفسخ نكاحها، وأما الصغائر الثلاث، فالتى أرضعتها الخالة للأب لا يفسخ نكاحها؛ لأن الخزولة للرابعة حصلت من جهة أمِّ الزوج، والخالة للأب لا تتصل بها.

المسألة بحالها: لو جاءت امرأة أب أم الزوج، وأرضعت الرابعة بلبان أم الزوج: يفسخ نكاحها؛ لأنها صارت خالة الزوج للأب. وهل يفسخ نكاح الثلاث؟ أما التي أرضعتها الخالة للأب، أو للأب والأم، ففي انفساخ نكاحها قولان، ولا يفسخ نكاح التي أرضعتها الخالة للأم؛ لأنها أجنبية منها؛ لأن الخزولة ثبتت لها من جهة أب أم الزوج، وهي خالة من جهة أم أم الزوج، ويخرج على هذه القاعدة ثلاث عمات مجتمعات أو متفرقات، وفرض إرضاع الرابعة من أم أب الزوج، أو امرأة أب أب الزوج.

الصورة الثالثة: تحتها كبيرة وثلاث صغائر، وللكبيرة ثلاث بنات كبار، فأرضعت كل بنت كبيرة للكبيرة صغيرة؟ فإن كان بعد الدخول، حرمت الكبيرة مؤبداً؛ لأنها صارت جدة للصغائر، وحرمت الصغائر مؤبداً؛ لأنهن ربائب مدخول بها. وإن كان قبل الدخول، انفسخ نكاحهن، ولم يحرم على التأييد إلا الكبيرة؛ فإنها أم الزوجات، وإنما يفسخ إذا جرى الإرضاع دفعة من غير توال، وإن جرى على التوالى انفسخ نكاح الأولى مع الأم، ولا يفسخ نكاح الثانية والثالثة.

فإن حلبن اللبن في ظرف واحد وأرضعن دفعةً: اندفع نكاح الكل، والمرضعات يشتركن في غرامة مهور الصغائر في هذه الصورة؛ لامتزاج اللبن. وإن انفردت كل واحدة بالإرضاع معاً: انفردت كل واحدة بغرامة مهرها، واشتركن في غرامة مهر الكبيرة؛ إذ كل واحدة أتت بعلقة كاملة في دفع نكاحها.

الصورة الرابعة: نكح كبيرتين وصغيرتين، فأرضعت كبيرة بلبانه الصغيرتين على

الترتيب، وكذلك فعلت الكبيرة الثانية، حرمت الكبيرتان والصغيرتان على الأبدي، غير أن الكبيرة لما أرضعت الصغيرة الأولى، أفسدت نكاح نفسها ونكاح تلك الصغيرة؛ لأنها صارت أم الزوجة، وصارت الصغيرة بنتاً، ولما أرضعت الثانية فسد نكاح الثانية؛ لأنها أيضاً صارت بنتاً، فسقط مهر الكبيرة إن كان قبل الدخول، وتغرم مهر الصغيرتين كما سبق. وأما الكبيرة الثانية فلم تُفسد إلا نكاح نفسها، فلا مهر لها، ولا شيء عليها.

أما إذا لم يكن بلبان الزوج، فلا تصير الصغيرة بنتاً، بل ربيبة، فلا يخفى حكمها قبل الدخول وبعده. وحكم الآية قائم بالإجماع قبل الدخول.

الباب الرابع في النزاع

والنظر في الدعوى، والحلف، والشهادة:

أما الدعوى: فإن توافقاً على الرضاع، حكم باندفاع النكاح، ولا يجب إلا مهر المثل إن جرى ميسس. وإن ادعى أحدهما قضي بموجب قوله فيما عليه، وطولب بالبينة فيما له. فإن ادعى الزوج، اندفع النكاح ولم يسقط مهرها بقوله. وإن ادعت المرأة سقط مهرها إن لم تكن قبضت، وإن جرى القبض، فلا يقدر الزوج على الاسترداد؛ لأنه منكر للرضاع.

أما التحليف: فالمنكر يحلف على نفى العلم بجريان الرضاع؛ لأن الرضاع فِعْلُ الغير، ولا نظر إلى فعلها في الإرضاع؛ لأنها كانت صغيرة. فإن نكلت حلف الزوج على البت بجريان الرضاع. وقال القفال: «حلف على العلم بجريان الرضاع لتطابق اليمين المردودة يمينها على الضد، والصحيح أن ذلك ذكره على سبيل الاستحباب، وإلا فإذا حلف على الرضاع جزماً، كفى.

أما الشهادة: فلها طرفان:

الأول: عدد الشهود وصفتهم، فلا بد من أربع نسوة. وقال مالك، رحمه الله: «يكفى اثنتان». وتقبل شهادة النسوة وحدهن، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «لابد من رجلين أو رجل وامرأتين».

ولو شهدت أم المرأة وابتتها، لم تقبل إن كانت هي المدعية، وإن كانت منكراً قبل عليها.

ولو ابتدأ الشهادة من غير دعوى على سبيل الحسبة، قبل؛ إذ ربما تكون عليها، وربما تكون لها، وشهادة الحسبة تقبل في الرضاع كما في الطلاق. وتقبل شهادة المرضعة وإن شهدت على فعلها؛ إذ ليس تقصد إثبات الفعل، بل وصول اللبن. إلا إذا كان

غرضها الأجرة، فلا تقبل، وقال الفوراني: لو شهدت على أنها ارتضعت مني، قبل. ولو قالت: «أشهد أنني أرضعتها» فلا تقبل؛ لفساد الصيغة.

الطرف الثاني: في التحمل. ويحصل ذلك بأن يشاهد الصغير قد التقم الثدي وهو يتجرع، وتحرك حنجرته مستجراً حركة يحصل له بها علم بوصول اللبن إلى جوفه من قرينة الحال. والظن الغالب كالعلم كما في الشهادة على الملك، ولكن عند أداء الشهادة ينبغي أن يجزم القول بأن بينهما رضاعاً محرماً. فإن شهد على الإرضاع فليذكر شرائطه من الوقت والعدد وهل يجب ذكر وصول اللبن إلى الجوف؟ فيه خلاف.

ولاشك في أن القاضى لو استفصل فعليه ذلك، ولكن لو مات الشاهد قبل التفصيل، فهل للقاضى التوقف؟ فيه وجهان. ومن اكتفى بدون ذلك، علل بأن الوصول إلى الجوف لا يُرى، بخلاف ولوج الآلة في الزنا، فإنه يُرى. ولا خلاف في أنه لو حكى القرائن التي شاهدها في الرضاع، لم يقبل إن كان ذلك مستند علمه.

* * *

تم بحمد الله الجزء الثالث، وبليه إن شاء الله الجزء الرابع والأخير

وأوله: كتاب النفقات

* * *



الوسيط في المذهب



تأليف

الشيخ الإمام حجة الإسلام
أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي
المتوفى سنة ٥٠٥ هـ

تحقيق

أبي عمرو الحسيني بن عمر بن عبد الرحيم

الجزء الرابع

مستودع

مركز أبي بريق

لشركت الكتب الشنتة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



جميع الحقوق محفوظة

Copyright ©
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والعلمية محفوظة
لدار الكتب العلمية - بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة
لتنفيذ الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على
أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو
برمجته على استوانات ضوئية إلا بموافقة
الناشر خطياً.

Exclusive Rights by

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be
translated, reproduced, distributed in any
form or by any means, or stored in a data
base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Droits Exclusifs à

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle
ou morale d'éditer, de traduire, de
photocopier, d'enregistrer sur cassette,
disquette, C.D, ordinateur toute
production écrite, entière ou partielle,
sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رسل الطريريه شارع البحتري، بناية ملكاوت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (٩٦١ ١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohcory St., Melkar Bdg., 1st Floor
Tel. & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box - 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohcory, Im. Melkar, 1ère Etage
Tel. & Fax: 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P.: 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3192-3



<http://www.al-ilmiyah.com/>

e mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

فهرس المحتويات

٢٩	الطرف الثاني: في تمييز السبب عن المباشرة	٣	كتاب الضقات
٣١	الطرف الثالث: في اجتماع السبب والمباشرة	٣	الأسباب الموجبة للنفقات ثلاثة: الزوجية، والقرباة، وملك اليمين
٣٣	الطرف الرابع: أن يكون السبب من الأدمي والمباشرة من بهيمة	٣	السبب الأول: الزوجية
٣٤	الطرف الخامس: في طرآن المباشرة على المباشرة أو السبب على السبب	٣	الباب الأول في قدر النفقة، وكيفية الإنفاق
٣٥	الركن الثاني: القاتل	٣	الفصل الأول في المقدار
٣٥	الركن الثالث: القاتل	٦	الفصل الثاني في كيفية الإنفاق
٤٤	النوع الثاني في قصاص الطرف	٨	الباب الثاني: في مسقطات النفقة
٤٧	الفصل الثاني: في المماثلة	١٢	الباب الثالث: في الإعسار بالنفقة
٤٨	التفاوت الثاني: في الصفات	١٦	السبب الثاني: النفقة للقرباة، وفيه ثلاثة أبواب
٥٠	التفاوت الثالث في العدد	١٦	الباب الأول: في شرائط الاستحقاق، وكيفية الإنفاق، وفيه فصلان
٥١	فروع تتعلق بالنزاع	١٦	الفصل الأول: في شرائط الاستحقاق
٥٢	الفن الثاني: في حكم القصاص الواجب في الاستيفاء والعفو، وفيه بابان	١٧	الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق
٥٢	الباب الأول: في الاستيفاء، وفيه ثلاثة فصول	١٨	الباب الثاني: في ترتيب الأقارب عند الاجتماع
٥٢	الفصل الأول: فيمن له ولاية الاستيفاء ...	٢٠	الباب الثالث: في أحكام الحضانة، وفيه فصول
٥٥	الفصل الثاني: في أن حق القصاص على الفور	٢٠	الأول: في الصفات المشروطة
٥٦	الفصل الثالث: في كيفية المماثلة	٢١	الفصل الثاني: فيمن يستحق الحضانة
٥٩	الباب الثاني: في حكم العفو	٢٣	الفصل الثالث: في التراحم والتدافع
٦٤	كتاب الديات	٢٥	السبب الثالث للنفقة: ملك اليمين
٦٤	القسم الأول: في الواجب	٢٧	كتاب الجنائيات
٦٤	الباب الأول: في النفس	٢٧	الركن الأول: القتل نفسه
٦٧	الباب الثاني: فيما دون النفس	٢٧	الطرف الأول: في تمييز العمد عن شبه العمد

١٢٣.....	كتاب حد الزنا	النوع الثاني من الجنائيات: القطع المبين
١٢٣.....	الجنابة الثالثة هي: الزنا	للأعضاء..... ٧١
١٢٣.....	الطرف الأول: في الموجب والموجب	النوع الثالث من الجنائيات: ما يفوت
١٢٩.....	الطرف الثاني في الاستيفاء	اللطائف والمنافع..... ٧٦
١٣١.....	الجنابة الرابعة هي: القذف	القسم الثاني من الكتاب: في بيان الموجب
١٣١.....	كتاب حد القذف	من الأسباب والمباشرات..... ٨١
١٣٢.....	الجنابة الخامسة الموجبة للحد: السرقة	القسم الثالث: في بيان من تجب عليه الدية
١٣٢.....	كتاب حد السرقة	الركن الثاني: في كيفية الضرب على العاقلة
١٣٢.....	الطرف الأول: في الموجب، وهو السرقة	القسم الرابع من الكتاب: في دية الجنين
١٣٢.....	الركن الأول: المسروق	الطرف الأول: في موجب الغرة..... ٩٥
١٣٩.....	الركن الثاني: نفس السرقة	الطرف الثاني: في الموجب فيه..... ٩٧
١٤١.....	الركن الثالث: السارق	الطرف الثالث: في صفة الغرة..... ٩٩
	النظر الثاني من الكتاب في إثبات السرقة	كتاب كفارة القتل..... ١٠١
١٤٢.....	ومعرفتها بيمين مردودة، أو إقرار، أو بينة	كتاب دعوى الدم، والقسامة، والشهادة
١٤٥.....	النظر الثالث من الكتاب: في بيان الواجب	فيه، فهذه ثلاثة أمور..... ١٠٣
١٤٦.....	الجنابة السادسة: قطع الطريق	الأول: الدعوى..... ١٠٣
١٤٦.....	النظر الأول: في صفتهم	النظر الثاني: في القسامة، والنظر في أربعة
١٤٧.....	النظر الثاني: في العقوبة	أركان:..... ١٠٤
١٤٩.....	النظر الثالث: في حكم العقوبة	الأول: بيان مظلته..... ١٠٤
١٥١.....	الجنابة السابعة: شرب الخمر	الركن الثاني: في كيفية القسامة..... ١٠٦
١٥١.....	أما الموجب	الركن الثالث: في حكم القسامة..... ١٠٧
١٥٣.....	الطرف الثاني: في الواجب	الركن الرابع: فيمن يحلف أيمان القسامة..... ١٠٨
١٥٦.....	باب في التعزير	النظر الثالث من: الكتاب في إثبات الدم
١٥٩.....	كتاب موجبات الضمانات	بالشهادة..... ١٠٩
١٥٩.....	الباب الأول: في ضمان الولاة	كتاب الجنائيات الموجبة للعقوبات..... ١١٣
١٦٢.....	الباب الثاني: في دفع الصائل	الجنابة الأولى: البغي..... ١١٣
	الباب الثالث: فيما تلتفه بهائم، وفيه	الطرف الأول: في صفاتهم..... ١١٣
١٦٥.....	فصلان	الطرف الثاني في أحكام البغاة: في
١٦٥.....	الفصل الأول: أن لا يكون معها مالكها	الشهادة، والقضاء، والغرم..... ١١٥
١٦٦.....	الفصل الثاني: أن يكون معها مالكها	الطرف الثالث: في كيفية القتال..... ١١٧
١٦٨.....	كتاب السَّير	الجنابة الثانية: الردة..... ١١٨
١٦٨.....	الباب الأول: بيان الجهاد والنظر	الطرف الأول: في الردة..... ١١٨
١٦٩.....	الطرف الأول: في الواجبات	الطرف الثاني: في حكم الردة..... ١٢٠

٢٤٨.....	<u>كتاب السَّبَقِ وَالزَّمَى</u>	١٧١.....	الطرف الثاني: في مُسْتَقَاطَاتِ الوجوب
٢٤٨.....	<u>الباب الأول: في السَّبَقِ</u>	١٧٦.....	<u>الباب الثاني: في كيفية الجهاد</u>
٢٤٨.....	<u>الفصل الأول: فيما يجوز العقد عليه</u>	١٧٧.....	<u>النظر الأول: في معاملاتهم بالقتل</u>
٢٤٩.....	<u>الفصل الثاني: في شروط العقد</u>	١٨٢.....	<u>التصرف الثاني: في رقابهم بالاسترقاق</u>
٢٥١.....	<u>الفصل الثالث: في حكم هذه المعاملة</u>	١٨٣.....	<u>التصرف الثالث: في أموالهم بالإهلاك</u>
٢٥٢.....	<u>الباب الثاني: في الزَّمَى</u>	١٨٤.....	<u>التصرف الرابع: في أموالهم بالاغتنام</u>
٢٥٢.....	<u>الفصل الأول: في الشروط</u>	١٩٠.....	<u>الباب الثالث: فيه ترك القتل والقتال بالأمان</u>
٢٥٦.....	<u>الفصل الثاني: فيما يُسْتَحَقُّ به السَّبَقِ</u>	١٩٦.....	<u>كتاب الجزية والمهادنة</u>
٢٥٨.....	<u>الفصل الثالث: في جواز هذه المعاملة</u>	١٩٦.....	<u>العقد الأول: عقد الذمة</u>
٢٦٠.....	<u>كتاب الأيمان</u>	١٩٧.....	<u>أما الأركانُ فخمسة</u>
٢٦٠.....	<u>الباب الأول: في اليمين</u>	٢٠٦.....	<u>النظر الثاني: في أحكام عقد الذمة</u>
٢٦٠.....	<u>الفصل الأول: في الصريح والكناية</u>	٢١٠.....	<u>العقد الثاني مع الكفار: المهادنة</u>
٢٦٢.....	<u>الفصل الثاني: في يمين الغضب واللجاج</u>	٢١١.....	<u>النظر الثاني: في أحكام العقد</u>
٢٦٣.....	<u>الباب الثاني: في الكفارة</u>	٢١٦.....	<u>كتاب الصيد والذبايح</u>
٢٦٧.....	<u>الباب الثالث: فيما يقع به الحنث</u>	٢١٦.....	<u>النظر الأول: في سبب جَلِّ الذبيح</u>
٢٦٨.....	<u>النوع الأول: في ألقاظ الدخول وما يتعلق به</u>	٢١٦.....	<u>الركن الأول: الذبايح</u>
	<u>النوع الثاني: في ألقاظ الأكل والشرب وما يتعلق به</u>	٢١٦.....	<u>الركن الثاني: الذبيح</u>
٢٧٠.....	<u>النوع الثالث: في ألقاظ العقود</u>	٢١٨.....	<u>الركن الثالث: آلة الصيد والذبيح</u>
٢٧٢.....	<u>النوع الرابع: في الإضافات</u>	٢٢١.....	<u>الركن الرابع: نفس الذبيح والاصطياد</u>
٢٧٣.....	<u>النوع الخامس: في الحلف على الكلام</u>	٢٢٣.....	<u>النظر الثاني من الكتاب في أسباب الملك</u>
٢٧٦.....	<u>النوع السادس: وهو تقديم البر وتأخيره</u>	٢٢٣.....	<u>الفصل الأول: في السبب</u>
٢٧٧.....	<u>النوع السابع: في الخصومات</u>	٢٢٥.....	<u>الفصل الثاني: في الإزدحام على الصيد</u>
٢٧٨.....	<u>خاتمة</u>	٢٢٨.....	<u>كتاب الضحايا</u>
٢٨٠.....	<u>كتاب النذور</u>	٢٢٨.....	<u>الركن الأول: الذبيح</u>
٢٨٠.....	<u>النظر الأول: في الأركان</u>	٢٣٢.....	<u>الركن الثاني: الوقت</u>
٢٨٢.....	<u>النظر الثاني: في أحكام النذر</u>	٢٣٣.....	<u>الركن الثالث: الذبايح</u>
٢٨٢.....	<u>النوع الأول: الصوم</u>	٢٣٣.....	<u>الركن الرابع: في كيفية الذبيح</u>
٢٨٦.....	<u>النوع الثاني: الحج</u>		<u>القسم الثاني من الكتاب: النظر في أحكام الضحايا</u>
٢٨٧.....	<u>النوع الثالث: إتيان المساجد</u>	٢٣٥.....	<u>الضحايا</u>
٢٨٩.....	<u>النوع الرابع: تعيين المساجد</u>	٢٣٨.....	<u>واختتام الكتاب بباب العقيدة</u>
٢٨٩.....	<u>النوع الخامس: في الضحايا والهدايا</u>	٢٤٠.....	<u>كتاب الأطعمة</u>
٢٩٢.....	<u>كتاب أدب القضاة</u>	٢٤٠.....	<u>الباب الأول: في حالة الاختيار</u>
		٢٤٥.....	<u>الباب الثاني: في حالة الاضطرار</u>

الطرف الثاني فيما لا تدارك له كالعق	٢٩٣
والطلاق	٢٩٣
الطرف الثالث: فيما يقبل التدارك	٢٩٨
كتاب الدعوى والبيّنات	٣٠٠
الركن الأول: الدعوى	٣٠٠
الركن الثاني: جواب المدعى عليه	٣٠٥
الركن الثالث: اليمين	٣٠٧
الركن الرابع: في النكول	٣١٠
الركن الخامس: البيّة	٣١٣
كتاب دعوى النسب وإلحاق القائف	٣٧٥
الركن الأول: المستلحق	٣٧٥
الركن الثاني: الملحق	٣٧٥
كتاب العتق	٣٧٨
أما أركانه فتلاثة	٣٧٨
النظر الثاني: في خواص العتق	٣٧٩
النظر الثالث: في فروع متفرقة	٣٨٧
في أحكام الولاء	٣٩١
كتاب التدبير	٣٩٤
النظر الأول في الأركان	٣٩٤
الركن الأول: في الصيغة	٣٩٤
الركن الثاني: الأهل	٣٩٥
النظر الثاني: في أحكامه	٣٩٦
النظر الثالث: في الولد	٣٩٨
كتاب الكتابة	٤٠٠
النظر الأول: يتعلق بأركان الكتابة وهي	
أربعة	٤٠٢
الركن الأول: الصيغة	٤٠٠
الركن الثاني: العوض	٤٠١
الركن الثالث: السيد المكاتب	٤٠٣
الركن الرابع: العبد القابل	٤٠٤
النظر الثاني: في أحكام الكتابة	٤٠٦
كتاب أمهات الأولاد	٤٢١
الباب الأول: في التولية والعزل	٢٩٣
الفصل الأول: في التولية	٢٩٣
الفصل الثاني: في العزل وحكمه	٢٩٨
الباب الثاني في: حاتم آداب القضاء	٣٠٠
الفصل الأول: في آداب متفرقة	٣٠٠
الفصل الثاني: في مستند قضائه	٣٠٥
الفصل الثالث: في التسوية بين الخصمين	٣٠٧
الفصل الرابع: في التزكية	٣١٠
الباب الثالث في القضاء على الغائب وكتاب	
القاضي إلى القاضي	٣١٢
الباب الرابع: في القسمة	٣١٩
الفصل الأول: في القسام وأجرته	٣١٩
الفصل الثاني: في كيفية القسمة	٣٢٠
الفصل الثالث: في الإيجاب	٣٢٢
كتاب الشهادات	٣٢٥
الباب الأول: فيما يُفيد أهلية الشهادة	
وقبولها من الأوصاف	٣٢٥
الباب الثاني: في العدد والذكورة	٣٣٤
الباب الثالث: في مستند علم الشاهد،	
وتحمّله، وأدائه	٣٣٧
الفصل الأول: في مستنده	٣٣٧
الفصل الثاني: في وجوب التحمل والأداء	٣٤٠
الباب الرابع: في الشاهد واليمين	٣٤١
الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة	٣٤٤
الطرف الأول: في مجاريه	٣٤٤
الطرف الثاني: في التحمل	٣٤٤
الطرف الثالث: في الطوارئ على شهود	
الأصل	٣٤٥
الطرف الرابع: في العدد	٣٤٥
الطرف الخامس: في العذر المرخص	
لشهادة الفرع وهو الموت، والغيبه	
والمرض	٣٤٦
الباب السادس: في الرجوع عن الشهادة	٣٤٧

الثالثة: لو تنازعا، فقالت: ولدت بعد التدبير، فتبعتني، على قول السراية، وقال: السيد: بل قبله، فالقول قول السيد؛ لأن الأصل بقاء ملكه.

وعلى قولنا: لا يسرى، لو نازعت الوارث، وقالت: ولدت بعد الموت، فهو حر. وقال الوارث: بل قبله، فالقول قول الوارث.

ولو كان في يد المدير مال، فقال الوارث: هو من كسبك قبل الموت، وقال: بل بعده، فالقول قول المدير؛ لأن الملك في يده بخلاف الولد، فإنه لا يد لها عليه وهي تدعى حرته.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النفقات

والأسباب الموجبة للنفقات ثلاثة: الزوجية. والقراءة. ومِلْكُ اليمين.

السبب الأول الزوجية

ويجب على الزوج النفقة بالاتفاق، وهي خمسة أشياء: الطعام، والإدَامُ، والكسوةُ والسُّكنى، وآلة التنظيف، كالملشط والدهن، والخادم إن كانت ممن تخدم. ثم الخادم تستحق الطعام والأدم والسكنى والكسوة، وتستحق الخف؛ لتردها في الخروج. والمرأة لا تستحق الخف بل المِكْعَب للتردد في المسكن. ولا تستحق الخادمة آلة التنظيف. ولا تستحق الزوجة المعالجة بالداء، والفَصْد، والحجامة.

وشرح هذه الأمور، مع مُسقطات النفقة، في ثلاثة أبواب:

الباب الأول في قدر النفقة. وكيفية الإنفاق

وشرحه في فصلين:

الفصل الأول في المقدار

والكلام في هذه الأشياء المذكورة، وهي ستة أشياء:

الواجب الأول: هو الطعام: وهو مُدٌّ على المعسر، ومُدَّان على الموسر، ومُدٌّ ونصف على المتوسط. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إنه لا يقدر، بل الواجب قدر الكفاية، كنفقة القريب. ونقل الشيخ أبو محمد قولاً غريباً على موافقته. ونقل صاحبُ «التقريب» قولاً أن الزيادة على المد لا مردُّ له، فهو إلى فرض القاضي. والمذهب: هو الأول، ومستنده: أن اعتبار الكفاية لا يصح، مع أنها تستحق في يوم مرضها وشبعها. فإذا بطلت الكفاية، فأقل طعام أوجبه الشرع المدُّ في الكفارات، وهو القدر الذي يجتزئ به الزهيد، ويتبلغ به الرغيب. وأقصاه مُدان؛ إذ أوجبهما الشرع في الفدية، والوسط ما بينهما، وقد ثبت أن ذلك يختلف؛ لقوله تعالى: ﴿على المومع قدره وعلى المقتر قدره﴾ [البقرة: ٢٣٦]: فتقدير الله تعالى أولى من تقدير القاضي، وأحسن مستند لتقدير القاضي تقدير الشرع.

وإنما ينظر إلى حال الزوج عندنا في العجز والقدرة، لا إلى حالها.

والمُعسر: هو الذي لا يملك شيئاً أصلاً، فعليه مُدٌّ، ولا يزيد. فإن كان قادراً على كسب الزيادة: فإن خرج عن حد استحقاق سهم المساكين بملك مال، نُظر: فإن كثر فهو موسر، وإن كان بحيث لو ألزمناه المدين، أو شك أن يرجع إلى حد المساكين: فهو متوسط؛ فعليه مُد ونصف.

وليس على المكاتب والعبد إلا نفقة المعسرين، وكذلك من نصفه عبداً ونصفه حر. وقال المزني، رحمه الله: عليه نصف نفقة المعسرين، ونصف نفقة الموسرين. هذا حكم المقدار.

أما جنس الطعام: فغالب قوت البلد. فإن اختلف، فما يليق بالزوج. وإن كان حال الزوج يخالف الغالب، فهو في محل التردد.

الواجب الثاني: الأدم. وقد قال الشافعي، رضي الله عنه: مكيلة زيت أو سمن وهذا تقريب؛ إذ لا تقدير في الشرع فيه، وإنما الواجب ما يكفي مع المد أو المدين، والرجوع في الجنس إلى الغالب في البلد أو إلى اللائق بحال الزوج.

وأما اللحم، فقد قال الشافعي، رضي الله عنه: رطل من اللحم في الأسبوع، إن كان الواجب مدًّا، ورطلان للمدين. قال العراقيون: بنى الشافعي رضي الله عنه، هذا على عادة بلدة أُلْفها، فإن اقتضت عادة بلدة أخرى زيادةً على ذلك، فينبغي أن يزداد. وقال القفال، رحمه الله: لا زيادة عليه؛ لأننا تقتصر على الأقل كما في الطعام.

فرعان: أحدهما: لو كانت تزجي الوقت بالخبز القفار، فلا يسقط حقها من الأدم، كما إذا لم تاكل أصل الطعام، فإنها تستحق الطعام.

الثاني: لو تبرمت بجنس واحد من الأدم، فيجب على الزوج إبداله على وجهه. ولا يجب في وجه بل عليها الإبدال إن شاءت.

الواجب الثالث: الخادمة. وتجب نفقة خادماتها إذا كان منصبها يقتضي أن تُخدم. وإن كان لا يليق بمنصبها، وإنما تُخدم لمرض، فلا يجب؛ إذ لا تجب أسباب المعالجة. وإن كان بها زمانةٌ ومرضىٌ دائم، فهي كذلك تحتاج إلى الخادمة، فهذا يحتمل؛ لأن هذا العذر الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة.

ثم على المعسر للخادمة مُدٌّ، وعلى الموسر مُدٌّ وثُلث، كذلك قاله الشافعي، رضي الله عنه. وهو تقريب لا تقدير، إذ لا تقدير للشرع فيه. نعم، هو رطلان، وهو لائق بالعادة في حق الخادمة.

والصحيح: أنه ينظر إلى كفايتها، إلا أن هذا القدر قدر الكفاية في الغالب. وفي استحقاق الأدم وجهان:

أحدهما: نعم كالمخدومة، ولكن يجوز أن يكون أدمها في الجنس أخسر، وفي المقدار ما يليق بقدر طعامها.

والثاني: أنه لا تستحق، بل تكفى بما تفضله المخدومة في بعض الأحوال.

فروع: الأول: إذا لم تملك الخادمة؛ فعلى الزوج أن يخدمها جارية، أو حرة بأجرة تقدر عليه، وعند ذلك لم يكن لها دخل في مقدار نفقة الخادمة، وإنما يكون ذلك إذا كانت الخادمة لها. وليس عليه أن يشتري لها جارية، بل لو قال: أنا أخدم بنفسى في الطبخ والكنس، فله ذلك، لكنها تستحق في الحمام وفي بيت الماء وفي بعض المواضع، فلها الامتناع؛ صيانة للمروءة فيفيد ذلك حواز نقصان نفقة الخادم لنقصان الخدمة، وعند ذلك يحتمل التشطير أو النظر إلى مقادير الأفعال.

أما إذا قالت: أنا أخدم بنفسى، فأعطينى نفقة الخدمة، فالظاهر: أنه لا يلزم؛ لأنها أسقطت مرتبتها، وإنما تجب النفقة لضرورة بقاء المرتبة.

الثاني: لو كانت لها خادمة، وأراد الزوج إبدالها بسبب رية، فله ذلك، ولا يجوز بغير عذر؛ لأن قطع الإلف إضرار. ولو كان معها خدام، فله إخراج الجميع إلا واحدة، ولا نبأى بقطع الإلف؛ لأن الدار ملكه، وليس عليه سكناهن، بل له أن يمنع أباهن وأمهاتهن عن الدخول عليهن، ويمنعهن عن الخروج لزيارتهم، ولكن الأولى أن لا يفعل ذلك.

الثالث: لو نكح رقيقة، وهى تخدم لجمالها؟ ذكر العراقيون وجهين:

أحدهما: أنه لا يجب نفقة الخادمة؛ لأن الرق ينافي هذا المنصب. والثاني: أنه يجب؛ لأن العادة قد تقتضيه.

الرابع: الكسوة والأثاث: ولا تقدير للشرع فيه، فإن العادة تختلف فيه اختلافاً بيناً، فلا بد من الكفاية، وهو خمار وقميص وسراويل ومكعب في الصيف، ومثل ذلك في الشتاء مع زيادة جبة.

أما جنسه، فقد قال الشافعى، رضى الله عنه: «على المولى البصرة، وعلى المعسر غليظ البصرة، وعلى المتوسط ما بينهما» وأراد الكرياس^(١). قال العراقيون: إن كان من عاداتها الكنان والحريز، لزم ذلك عليه، وتتبع العادة. قال الشيخ أبو محمد: هي لسة أهل الدين، والزيادة عليه رعونة، فلا مزيد عليه.

(١) الكرياس: القطن، وقد سبق ذكره.

ولا بد مع ذلك من ملحفة وشعار^(١)، ومضربة وثيرة، ومخدة، ولبد تحست المضربة أو حصير. وهل لها طلب زلية^(٢) تفرشها بالنهار؟ فيه وجهان. واقتصروا في الفراش على هذا القدر، ولم يردوه إلى العادة. وهذا يدل على أن الكسوة لا تزداد على ما ذكره الشافعي، رضى الله عنه.

ولا بد من ماعون الدار: كحجرة، وكوز، وقدر، ومغرفة، ويكتفى في جميع ذلك بالخزف والخشب والحجر. وأما النحاسية فطلبها ترفه، وقد يليق بالشريفة، فهو كالزيادة على لين الكرياس.

أما الخادمة: فتستحق الكسوة أيضاً، ولكن تخالف جنسية المخدمة وطعامها لا يخالف في الجنس وفي إدامها تردد.

الواجب الخامس: آلة التنظيف: وهو المشط والدهن، وإن طلبت مزيداً، كالكلح والطيب، لم يجب. ويجب المترك لقطع الصنّان إن كان بحيث لا ينقطع بالماء والتراب. وإن قال الزوج: الدهن للتجمل وإزالة الوسخ، ولا أريد التجمل، وإزالة الوسخ بغيره ممكن، فهذا فيه احتمال.

ولاشك في أن للزوج منعها من تعاطي أكل الثوم وما يتأذى برائحته الكريهة. وله منعها من تناول السموم المهلكة. وهل له منعها من الأطعمة الممرضة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن المرض يفضي إلى الموت؛ كالسّم.

والثاني: لا؛ لأن ذلك غيب لا يعلم، وتتبع ذلك يطول.

وأما الخادمة: فلا تستحق آلة التنظيف، ولكن إن تلبس شعرها بحيث تتأذى به، فلا بد من السعي في الإزالة.

وأما الدواء في المعالجات، فلا تستحقه الخادمة والمخلومة جميعاً.

الواجب السادس: السكنى. ويجب عليه أن يسكنها داراً تليق بها: عارية، أو إجارة، أو شراء، ولم يعتبر في القوت والكسوة ما يليق بها، بل يليق به بخلاف المسكن، وكان ما لا بد فيه من التمليك فيعتبر جانيه، وما يراد به الانتفاع، فيعتبر ما يليق بها، والله أعلم.

الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق

أما الطعام فلا بد فيه من غليظ الحب مع معونة الطحن، والخبز، وإصلاح اللحم: من

(١) الشعار: ما ولى جسد الإنسان دون ما سواه من الثياب. انظر: المعجم الوسيط (١/٤٨٤).

(٢) زلية: بساط من صوف. المصباح المنير (١/٣٩).

الخطب، والملح، وأجرة الطباخ. ولها الامتناع من قبول الخبز. وليس له أن يكلفها الأكل معه؛ فإنها لا تتسلط على التصرف، ونفقتها عوض كالمهر.

فروع: الأول: لو أخذت الحب واستعملته بذراً، فالظاهر: وجوب مئونة الإصلاح، ويحتمل أن يقال: الإصلاح تابع، وليس بركن مقصود، فلا يستقل.

الثاني: لو كانت تأكل مع الزوج على العادة، ففي سقوط نفقتها وجهان، القياس: أنه لا تسقط؛ لأنه لم يجر إسقاط ولا اعتياض صحيح، لكن الأحسن الإسقاط إذ لو جرى من امرأة في عصر الصحابة، رضى الله عنهم، طلب النفقة للزمان الماضي لاستنكر.

الثالث: لو اعتاضت عن النفقة دراهم، ففيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ كالاكتياض عن المسلم فيه؛ فإنه عوض. والثاني: أنه يجوز كقيم المتلفات؛ لأنه لا يتحقق عوضاً.

ولو أخذت الخبز بدلاً عن الحب، فوجهان مرتبان وأولى بالمنع؛ لأنه رباً. ووجه التحويل: أنها كالتقايضة لحقها؛ لأنها تركت مئونة الإصلاح.

الرابع: لها طلب النفقة صبيحة كل يوم، وليس عليها الصبر إلى آخر اليوم. ثم لو ماتت في أثناء النهار لا تسترد، بل هي تركة لورثتها. ولو نشزت في أثناء اليوم استردت. فلو قدم إليها نفقة أيام، فهل تملكها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كتعجيل الدين المؤجل. والثاني: لا؛ لأن السبب غير مستيقن فربما تموت.

ثم إذا ماتت، وقلنا: إنها ملكت، ففي الاسترداد وجهان، أظهرهما: أنه يسترد. ولا خلاف أنه يسترد بالنشوز.

أما الكسوة، فهل يجب التملك فيها؟ فيه وجهان؛ لتردها بين النفقة والمسكن.

فروع: الأول: لو سلم إليها كسوة الصيف، فتلفت في يدها: يجب الإبدال إن قلنا: إنه إمتناع. وإن قلنا: إنه تملك، فوجهان: الظاهر: أنه لا يجب.

الثاني: لو ألفت بنفسها، وقلنا: إنه تملك، فلا تجب الإعادة عليه. وإن قلنا: إنه إمتناع، فالظاهر: أنه يجب، ولكن يجب عليها قيمة المتلف.

الثالث: لو ماتت في أثناء المدة، فيسترد ثيابها إن قلنا: إنه إمتناع. وإن قلنا: إنه تملك فالصنف بالنسبة إلى الثوب، كالיום بالنسبة إلى الطعام، فهو تركة. ولا شك في أنه يسترد بالنشوز.

أما الخادمة: فلا يجب شراؤها والتملك في رقبته. أما التملك في نفقتها، فكالتملك في نفقة المخدمة، ولا يتصور هذا في الرقيقة فإنها لا تملك، ولا في المستأجرة بأجرة، فإنها لا تستحق سوى الأجرة، بل في التي وعدت الخدمة بالنفقة، فتستحق التملك، وإن لم يكن عقد لازم، ويحتمل هذا لأجل الحاجة في هذا الموضع.

الباب الثاني: في مسقطات النفقة

ومسقط النفقة ما يمنع عليه الاستحقاق. وفيما تجب به النفقة قولان مستنبطان من معاني كلام الشافعي، رضى الله عنه:

أحدهما: أنه تجب بمجرد العقد بشرط عدم النشوز، ولا تجب بالتمكين؛ بدليل وجوبها للرتقاء والمريضة، فكأن العقد موجب، والنشوز مسقط.

والثاني: أنها تجب بالتمكين، على حسب الإمكان؛ لأن العقد قد أوجب المهر، فتكون النفقة عوضاً عن التمكين والاحتباس في حبالته.

وفائدة القولين تظهر في النزاع، فإذا تنازعا في النشوز: فإن قلنا: تجب بالعقد، فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم النشوز. وإن قلنا: تجب بالتمكين، فالقول قوله، وعليها إثبات التمكين، وكذلك إذا لم يُطالب بالزفاف، والمرأة ساكنة، إن قلنا: تجب بالتمكين فلا نفقة لها. وإن قلنا: تجب بالعقد، فتجب؛ إذ لا نشوز منها.

ولا خلاف أنه تسقط النفقة بامتناع الاستمتاع بسبب من جهتها، لا تكون معذورة فيه، بخلاف المرض والرتق.

والموانع أربعة:

الأول: النشوز. فإذا نشزت يوماً، لم تستحق نفقة ذلك اليوم. والنشوز في بعض اليوم، هل يسقط جملة النفقة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن حكم اليوم الواحد لا يتبعض. والثاني: أنه يوزع على مقدار الزمان، إلا إذا كانت تنشز بالنهار دون الليل أو على العكس، فإنه يتشطر، ولا ينظر إلى مقدار الأزمنة.

فروع: الأول: لو خرجت، بغير إذنه، فهي ناشزة. ولو خرجت في حاجته بإذنه فلا. ولو خرجت في حاجة نفسها، بإذنه، ففي نفقتها قولان، إن قلنا: تستحق بالعقد وتسقط بالنشوز، فلها النفقة. وإن قلنا بالتمكين، فلا.

الثاني: مهما طلب الزفاف، فامتنعت بغير عذر، فهي ناشزة. وإن كانت مريضة يضر بها الوطء، فهي معذورة ولها النفقة. ولا تسقط بالمرض؛ لأنه دائم، ولا تقصير من

جهتها. فإن قال الزوج: «سلموها إلي ولا أطؤها» فلا يؤمن في ذلك. وإن أنكر الزوج كون الوطء مضرًا، فشهد أربع من النسوة، ثبت. وإن شهدت واحدة فوجهان، مأخذه: أنه يجعل إخبارًا أم شهادة؟. فإن لم تكن بينة، فلها أن تحلف الزوج على نفي العلم بذلك.

الثالث: إذا نشزت، فغاب الزوج، فعادت إلى المسكن، فهل تعود النفقة؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه تعود بمجرد رجوعها؛ لزوال المسقط. والثاني: أنها لا تعود إلى أن ترفع إلى القاضي، فيحكم بطاعتها، ويخبر الزوج حتى يرجع، أو تنقضي مدة الرجوع، فإن لم يرجع بعد ذلك وجبت نفقتها.

أما إذا ارتدت فلا نفقة لها. فإن عادت؟ قال العراقيون: تعود النفقة؛ لأن السبب نحفي لا يجب فيه الرفع. وقال المراوغة: هو كالنشوز الجلي.

والمحنونة إذا نشزت، سقطت نفقتها وإن لم تأثم؛ لتعذر الاستمتاع بسببها.

المانع الثاني: الصغر. وفيه ثلاث صور:

أحدها: أن تزوج صغيرة من بالغ، ففي وجوب النفقة قولان:

أحدهما: أنه يجب، كالمریضة والرتقاء والمستحاضة. وهذا ينطبق على قولنا: النفقة بالعقد. والثاني: أنها لا تستحق؛ لأن الصغر نوبة معلومة من العمر تنقضي، وليس هذا كالرتق الذي لا آخر له، ولا كالمرض الذي هو تارات تضطرب.

الثانية: أن تزوج بالغة من صغير، فقولان مرتبان وأولى بالوجوب؛ لأن المنع من جانبها. وفيه قول: أنها إن كانت جاهلة بصغره استحققت وإلا فلا.

الثالثة: إذا زوج صغيرة من صغير، فقولان مرتبان وأولى بأن لا يجب. ونعني بالصغير أن لا يتأتى منه الجماع دون المراهق الذي ليس ببالغ.

ثم إذا أوجبت للصغيرة، لم تختلف بالإجابة إلى الزفاف أو السكوت؛ إذ لا فائدة في الوعد. نعم، إذا انتهت إلى التهيؤ للاستمتاع يخرج من النفقة عند السكوت على القولين.

المانع الثالث: التلبس بالعبادات. كالإحرام والصوم.

أما الإحرام: فإذا أحرمت بإذنه، فقد سافرت في غرض نفسها بإذنه، وقد ذكرنا فيه خلافاً.

فإن قلنا: إنها لا تستحق، ففي استحقاقها قبل الخروج وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الاستمتاع قد امتنع.

والثاني: نعم؛ لأنها تحت يده، وقد أحرمت بإذنه.

والصحيح: أنه لا فرق بين أن ينهاها الزوج عن الخروج أو يرضى به. وحكى عن القفال، رحمه الله: أنه إذا نهاها عن الخروج فخرجت، سقطت النفقة قطعاً.

أما إذا أحرمت بغير إذنه، ففي جواز تحليلها خلاف. فإن قلنا: لا يُحلبها، فهي ناشئة من وقت الإحرام. وفيه وجه: أنه لا تسقط نفقتها قبل الخروج. وهو بعيد. وإن قلنا: يُحللها، فما دامت مقيمة فلها النفقة؛ لأنه قادر عليها. وفيه وجه: أنها لا تستحق؛ لأن الزوج، وإن قدر على قهر الناشئة، فلا يلزمه، وربما ترناع نفسه من قطع الإحرام.

أما الصيام، فلا تسقط نفقتها بصوم رمضان؛ لأن الليالي عتيدة، وهذه العبادات تشتمل الزوجين، لا كالأحرام بحجة الإسلام، فإنه على التراخي.

أما صوم النوافل، فللزواج المنع والتحليل. فإن لم يُحلل، ففي النفقة وجهان مرتبان على الإحرام وأولى بالوجوب؛ لأن الاستمتاع مباح سوى الوطء.

وله تحليل صوم نذرته بعد النكاح. وليس له منعها من الصلوات المفروضة.

أما منعها من رواتب السنن والبدار إلى الفرض في أول الوقت، ففيه خلاف. والصحيح: أنه لا تمتنع. ثم صوم عاشوراء وعرفة يجزئ مُحجراً الرواتب. أما صوم الاثنين والخميس، فله منعها وجهاً واحداً.

المانع الرابع: العدة. والمعتدات خمس:

الأولى: المنكوحة إذا وطئت بالشبهة. فلو حبلت، وقلنا: تستحق نفقةً على الواطئ، فلا تستحق على الزوج. وحيث لا تستحق على الواطئ، ففي سقوط نفقة الزوجية خلاف؛ من حيث إن تعذر الاستمتاع بسببها، ولكنها معذورة. والوجه أن يقال: إن كانت نائمة أو مكرهة، فلها النفقة. وإن مكنت على ظن أنه زوجها فلا نفقة؛ لأن الظن لا يؤثر في الغرامات.

الثانية: المعتدة عن طلاق رجعي، فتستحق النفقة، حاملة كانت أو حائلاً؛ لأن سلطنة الزوج في الرجعية دائمة. فلو أحبلها الواطئ بالشبهة وتأحرت عدة الزوج، فإن قلنا: له الرجعة في الحال، فعليه النفقة. وإن قلنا: لا رجعة، فوجهان. ومنهم من قال: إن قلنا: لا رجعة فلا نفقة، وإن قلنا: ترجع، فوجهان، وهذا أوفق؛ لأنها صارت محبوسةً لغيره.

فرع: لو قال: «طلقتك قبل وضع الحمل، فأنت الآن بائنة فلا نفقة لك» فقالت: «بل بعد الوضع ولي النفقة»، فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء النفقة، وهو يدعى السقوط، فعليه الإثبات، ولا رجعة؛ لأنها بائنة بزعمه.

الثالثة: المطلقة البائنة. لها السكنى في العدة، ولا نفقة لها إلا إذا كانت حاملاً، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

والنفقة للحمل أو للحامل؟ فيه قولان:

أحدهما: للحمل؛ لأنه المتجدد فهي كالحاضنة. والثاني: للحامل؛ بدليل أنه تحب مقدراً، ولا تسقط على الصحيح بمضى الزمان، ولا تختلف بزهادتها ورغبتها.

فرع: الحر إذا طلق زوجته الحامل المملوكة، فيه قولان يبنيان على أن النفقة للحمل أو للحامل؟ لأن الحمل المملوك لو انفصل، فنفته على السيد، لا على الأب، وكذا الخلاف فيما لو طلق الرقيق زوجته الحامل.

الرابعة: المعتدة عن فراق الفسخ الذي لا يستند إليها، كردته مثلاً، فهي كالمطلقة. أما إذا كان الفسخ باختيارها أو بسبب عيها، فهذا الفسخ لا يشطر المهر، بل يسقط جميعه، ففي نفقتها قولان؟ بناء على أنها للحمل أو للحامل؟.

أما الفراق عن جهة اللعان: فهل يضاف إليها؟ فيه تردد؛ لأنها منكورة بسبب اللعان، ولكن لها مدخل في البين، وإنما تستحق النفقة إذا لم ينف الحمل. وكذلك الخلاف جارٍ في أن المهر هل يتشطر به؟.

فرع: لو أنفقت على الولد المنفى باللعان، ثم أكذب نفسه: رجعت عليه؛ لأنها بذلت على ظن الوجوب، ولها ولاية الاستدانة على الزوج؛ لقصة هند. وفيه وجه: أنها لا ترجع، وليس لها ولاية الاستدانة على الزوج وقصة هند محمولة على قضائه عليه السلام وإذنه لها^(١).

(١) وذلك من حديث عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سميان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: [أخذى ما يكفيك ووليدك بالمعروف]، أخرجه البخاري (٥٣٦٤)، والنسائي (٢٤٧/٨)، وابن ماجة (٢٢٩٣)، وأحمد (٣٩/٦، ٥٠، ٢٠٦)، والدارمي (١٥٩/٢)، والبيهقي (٤٧٧، ٤٦٦/٧)، ١٠/١٤١، ٢٧٠)، والشافعي (٢٦٦، ٢٨٨)، والحميدي في مسنده (٢٤٢)، وابن حجر في الفتح (٤/٤٠٥، ٩/٥٠٧، ١٣/١٣٨، ١٧١)، وتلخيص الحبير (٣/٩٤، ٤/٥٢)، والبعث في شرح السنة (٨/٢٠٤، ٩/٣٢٧)، وابن أبي شيبة (٦/٥٨٤)، والتبريزي (٣٢٤٢)، والطحاوي (٢/٣٣٨، ٣٣٩)، وأبو داود (٣٥٣٢).

الخامسة: المعتدة الحامل عن وطء الشبهة إذا كانت خلية عن النكاح، فهل تستحق نفقة على الواطئ؟ إن قلنا: للحمل، فتستحق. وإن قلنا: للحامل، فلا تستحق؛ لأننا إذا قلنا: إنه للحامل، جعلنا بقاء علقه الحمل كبقاء علقه الرجعة في إيجاب نفقة النكاح واستمرارها وكذلك لا توجب بحمل اللعان قطعاً؛ لأن الزوج ينكر احتباسها بحمله.

التفريع: يتفرع على القولين مسائل:

أحدها: أنها لو كانت لا تكفي بالقدر في مدة الحمل، أعنى المطلقة، فهل تُزاد؟ منهم من قال: إن قلنا: للحمل فتزاد؛ لأنه على الكفاية كالحاضنة. وإن قلنا: للحامل، فوجهان. ووجه الزيادة الحذر من الإضرار، وأن الحمل لا بد وأن يلتفت إليه. ومنهم من عكس وقال: إن قلنا: للحامل، فلا تزداد. وإن قلنا: للحمل، فوجهان؛ لأننا لا بد وأن نلتفت، في كل قول، على المعنى الآخر؛ إذ الحق أنه كالمرتبط بهما جميعاً.

الثانية: أنه إن أنفق عليهما، ثم بان أنه لا حمل، فهذا يبنى على أن التعجيل، هل كان واجباً عليه؟ وفيه قولان مبنيان على أن الحمل هل يعرف؟ والمصير إلى أنه لا يجب التعجيل لا أعرف له وجهاً مع قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦]، بل الصحيح: أن الحمل يُعرف بالظن الغالب، ويبنى عليه تسليم الخلفات لورود الخبر، وكذلك تسليم النفقة للآية؛ فعلى هذا له الاسترداد؛ فإنه ظن أنه واجب. ومن قال: لا يجب التعجيل، فيقول: إن عجل بشرط الرجوع رجع، وإلا فوجهان كتنظيره في تعجيل الزكاة.

أما إذا أنفق، ثم بان فساد النكاح: فلا يسترد النفقة وإن كانت حائلاً؛ لأنها كانت محبوسة على ظن النكاح، والنفقة في مقابلة حبسٍ عن نكاح، والظن في هذا كالحقيقة.

الثالثة: إذا طلقها وهي حامل، ثم مات: لم تنتقل إلى عدة الوفاة وإن كان بائناً، بل عدتها بالحمل، ولا يخرج نفقة بعد ذلك من التركة. فإن قلنا: النفقة للحمل، فلا تجب النفقة للقريب بعد الموت. وإن قلنا: للحامل، فهي كالحاضنة؛ فلا نفقة لها. قال الشيخ أبو علي: إذا قلنا للحامل تجب، فكأن الطلاق أوجب ذلك دفعة؛ ولذلك تستحق هذه المرأة السكنى مع أن عدة الوفاة لا توجب السكنى على أحد القولين. ويعتضد هذا بأن علقه الحمل جعلناها كعلقه النكاح، وهي باقية بعد الموت.

الباب الثالث في الإيسار بالنفقة

وفي ثبوت حق الفسخ به قولان:

أحدهما: نعم؛ كما ثبت بقوات الاستمتاع بالجلب والعنة، بل أولى؛ لأن لها طلب

النفقة دون الوقاع؛ ولأن الحياة بغير القوت وتبقى دون الوقاع.

والثاني: لا؛ لأن النفقة تابعة، ومقصود التكاح الاستمتاع، ولا يتعين الزوج للنفقة؛ إذ يحل لها مالها، ولا وجه للاستمتاع إلا من جهته.

فإن قضينا بثبوت الفسخ، وجب النظر في أطراف:

الطرف الأول: في العجز: وهو أن لا يملك مالا، ولا يقدر على الكسب. فإن ملك ولكن منع، وعجزت المرأة والقاضي عن أخذ ماله فطريقان: منهم من طرد القولين؛ لأن الضرر حاصل. ومنهم من قال: لا؛ لأن هذا ظلم، وليس بعيب. فكأن منشأ الخلاف، أن هذا الفسخ، لنقص الزوج وعييه، أو لتضررها بالنفقة؟.

وإن لم يملك شيئاً، ولكن قدر على الكسب، وقلنا: يجب عليه الكسب لأجل الزوجة على رأى، فهو كالغني الممتنع.

الطرف الثاني: في المعجوز عنه: وهو القوت بجملة. فأما الأدم، فالعجز عنه لا يسلط على الفسخ في الظاهر. وفي الكسوة والمسكن وجهان؛ لأن النفس تبقى دونهما، ولكنهما مقصودان، لا كالأدم فإنه تابع. وكذلك في الإعسار بنفقة الخادم الوجهان. والإعسار بالمهر لا يوجب الفسخ، لكن لها منع نفسها إن لم تمكن مرة، فإن مكنت سقط حق حبسها، وقيل بطرد القولين في المهر. وهو بعيد. أما الإعسار بنفقة ما مضى، فلا يوجب الفسخ، بل هو دين مستقر في ذمته، فرضه القاضي أو لم يفرض، أعنى به ما يجب فيه التملك؛ فإن الإمتناع لا يمكن تدارك فائسه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: النفقة لا تستقر في الذمة إلا بفرض القاضي كنفقة الأقارب.

فرع: لو قدر كل يوم على مد فلا فسخ؛ لأنه قوام. ولو قدر على ثلث مُد ثبت الفسخ. ولو قدر على نصف مُد فوجهان. ووجه المنع قول رسول الله ﷺ: «وطعام الواحد يكفي الاثنين»^(١)، وكأن الاجتزاء بنصف المد ممكن، وبثله لا.

الطرف الثالث: في حقيقة هذا الدفع: ولا شك في أن الدفع بالجب والعنة فسخ، والدفع في الإيلاء طلاق، وهذا دائر بينهما؛ فاختلفوا فيه. فإن قلنا: إنه طلاق، فلا بد من

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: مسلم (الأشربة ١٧٩، ١٨٠)، والترمذي (١٨٢٠)، وابن ماجه (٣٢٥٤)، وأحمد (٤٠٧/٢، ٣٠١/٣، ٣١٥، ٣٨٢)، والدارمي (١٠٠/٢)، والطبراني (٢٧٨/٧، ١٢٦/١٠)، والهيثمى في مجمع الزوائد (٢١/٥)، وابن أبي شيبه (١٣٤/٨)، وعبد الرزاق (١٩٥٥٧)، والبقوى في شرح السنة (٣٢٠/١١)، وابن حجر في فتح الباري (٥٣٥/٩)، وتلخيص الحبير (٩/٤)، والتبريزي (٤١٧٨)، والمتقى (٤٠٧٢١)، وأبو عيسى (٢٨/٩)، والألباني في الصحيحة (١٦٨٦).

الرفع إلى القاضى حتى يجسه ليطلق أو ينفق. فإن لم يطلق: طلق القاضى طلاقاً رجعية، ولا بد من العدة وإن لم تكن النفقة حقاً لله تعالى. فإن راجعها، طلق القاضى ثانياً إلى أن تتم الثلاث.

فإن قلنا: إنه فسخ، فلا بد من الرفع لإثبات الإعسار؛ فإنه متعلق بالاجتهاد. ثم إذا ثبت فلها تعاطى الفسخ.

فإن فسخت دون الرفع، لعلمها بإعساره، لم ينفذ ظاهراً، وهل ينفذ باطناً حتى لو اعترف الزوج أو قامت البيئة تبين نفوذه واحتساب العدة من ذلك الوقت؟ هذا فيه تردد. ولا خلاف أنه ينفذ ظاهراً إذا لم يكن فى الناحية حاكم أو عجزت عن الدفع.

الطرف الرابع: فى وقت الفسخ: والطلبة بالنفقة تنوجه صبيحة اليوم، ولكن لو استمهل المعسر، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يمهل ثلاثة أيام حتى يتحقق عجزه. والثانى: أنه لا يمهل.

وعلى هذا، فلا خلاف أنها لا تبادر الفسخ صبيحة اليوم؛ فإن أكثر الناس يكسبون قوت اليوم فى اليوم. ولكن إلى متى التأخير؟ يحتمل أن يقال: إلى وسط النهار، فإن تأخير الطعام عنه غير معتاد، ويحتمل أن يقال: إلى الليل، وبياض النهار فيتسع للكسب. ويحتمل أن يقال: حتى ينقضى يومٌ وليلة، إذ به يستقر الحق، فإن النفقة لليوم واللييلة. فيرجع هذا إلى أنه يمهل يوماً واحداً. نعم، لو أقر صبيحة اليوم بأنى عاجزٌ ولست أتوقع اليوم شيئاً، فيحتمل أن يقال: لها المبادرة بالفسخ، ويحتمل أن يقال: يُمهل إلى تحقق العجز بانقضاء اليوم.

فروع: لو كان يعتاد الإتيان بالطعام ليلاً، فلها الفسخ؛ لأن هذا صيام الدهر. نعم، لا يثبت بوقوع ذلك مرة أو مرتين، وليس ما يحتمل نادراً يحتمل دائماً.

ويتفرع على قول الإمهال مسائل:

أحداها: أنه لو جاء بالنفقة صبيحة اليوم الرابع لليوم الرابع فلا فسخ، وما مضى دين فى الذمة. وليس لها أن تقول: أقبض هذا عن الماضى، وأفسخ فى الحال؛ لأن التعويل على قصد المؤدى. فلو عجز فى اليوم الخامس فلها الفسخ، ولا تستأنف المدة على الظاهر إلا أن يكون قد استغنى بمال يدوم فى الغالب، ولكن تلف بعارض، فيجعل كأن الإعسار الماضى لم يكن. ولو قدر فى اليوم الثالث وعجز فى الرابع، فيكمل الثالث باليوم الرابع، ولا تستأنف، وقيل: إنه تستأنف؛ لأن القدرة الطارئة قطعت المهلة. وهو ضعيف؛ لأن الزوج يتخذ ذلك عادة، فيتفق يوماً ويترك يومين.

الثانية: المبادرة صبيحة الرابع جائر، ولا يمهل إلى بياض النهار. نعم، اليوم الخامس يجعل كالיום الأول على قول من ترك الإمهال حتى يمهل إلى بياض النهار، ثم يفسخ حيث يقول: لا تستأنف المدة.

الثالثة: إذا رضيت بعد انقضاء المدة، فلها العود إلى الطلب. قال الصيدلاني: تستأنف المدة بخلاف امرأة المولى؛ لأن مدة الإيلاء مضروب شرعاً، وهذه تضرب بطلبها، فتسقط برضاها. وإنما جاز لها الرجوع بخلاف زوجة العنين؛ فإن هذا صبر على ضرار يُتَوَقَّع زواله، والعنة عيب، وهي في حكم خصلة واحدة، والإعسار في كل يوم متجدد. ولو قالت: رضيت به أبداً، فلها الرجوع إلى الطلب، كما لو نكحته وهي عالة بإعساره، فلها ذلك؛ لأن هذا وعد بالصبر على ضرار، والضرار متجدد، فالحق متجدد.

الطرف الخامس: فيمن له حق الفسخ. وهي الزوجة خاصة؛ فلا يثبت لولي المجنونة والصغيرة الفسخ بالإعسار وإن كانت صانعة؛ لأن الفسخ رفع للنكاح، وهو متعلق بالطبع كالطلاق، فلا تجرى فيه النيابة.

أما الأمة: فإن كانت صغيرة أو مجنونة، فهل للسيد فسخ نكاحها بالإعسار؟ فيه وجهان، ووجه الجواز: أن السيد ذو حق في النفقة، فإنه الذي يدخل في ملكه وله إبداله بغيره. وإن كانت مستقلة فهي صاحبة الحق، ولها الفسخ دون رضا السيد. فإن ضمن السيد النفقة لم يسقط حقها؛ كما لو تبرع أجنبي بالنفقة، وفي ضمان السيد احتمال.

أما إذا رضيت بإعساره، فليس للسيد الفسخ، لكن يقول للجارية: افسخي أو اصبري على الجوع، وليس عليه النفقة. وذكر الشيخ أبو علي وجهين مرتبين على الصغيرة، وأولى بأن لا يفسخ هاهنا؛ لاستقلالها.

ثم اعلم أن الملك في النفقة للسيد، ولكن لها حق التوثيق بها، حتى لا يجوز للسيد النفقة إلا بعد تسليم البذل، ولا يجوز له الإبراء عن النفقة وكأنه مرهون بحققها ككسب عبد التجارة، فإنه كالمرهون بنفقته لاقتضاء العرف ذلك. وللأمة طلبها من الزوج، فإذا أخذت دخل في ملك السيد؛ لأنها كالمأذونة عرفاً وشرعاً بالتزويج.

هذا كله تفريع على قولنا: إن الإعسار يثبت الفسخ. فإن قلنا: لا يثبت، فهل يرتفع عنها حبس المسكن؟ فيه خلاف للأصحاب. والقياس: أن لا يرتفع إلا إذا عجزت عن نفقة نفسها إلا بالخروج، ولكن الخبر يدل على الجواز؛ إذ تقل في الخبر أنه فرق بين المرأة وزوجها المعسر، فإن لم يحمل على التفريق في العقد، فلا بد من حمله على التفريق في المنزل.

ولها المنع من الوطاء إن لم تكن قد مكنته من قبل. وعلى قول ثبوت الفسخ: يُبطل حق الفسخ في مدة الإمهال. وفيه وجه.

السبب الثاني النفقة للقرابة

وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في شرائط الاستحقاق، وكيفية الإنفاق

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في شرائط الاستحقاق

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية. وقصة هند معروفة. ولا تستحق عندنا إلا بقرابة البعضية؛ فتحجب للفروع والأصول مع اختلاف الدين واتفاقه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: تحب بالمحرمة، وأثبت للإخوة.

ثم يشترط في الاستحقاق إعمار المنفق عليه ويسار المنفق.

أما المنفق عليه فهل يشترط مع الإعسار عجزه عن الكسب؟ إن كان طفلاً لم يشترط، وإن كان بالغاً، وكان فرعاً، ففيه وجهان. وإن كان أباً أو جداً ففيه طريقان: منهم من قطع بأنه لا يشترط؛ لأن تكليف الابن أباه، الكسب مع الثروة، غرض من منصب الأبوة، ومنهم من طرد القولين:

أحدهما: أنه يشترط؛ إذ يخرج بالقدرة، عن المسكنة واستحقاق سهم المساكين، فكذلك النفقة.

والثاني: أنه لا يشترط، كما في الطفل والمراهق؛ ولأن هذا مبني على المجاملة بخلاف الزكاة، ويقبح تكليف الكسب مع اتساع مال الأب أو الابن.

فإن قلنا: يشترط، فهل يشترط أن يكون زمناً فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن القادر لا يعجز عن أن يصير أجيراً وإن لم يعرف حرفة، فيكسب بوجه.

والثاني: لا يشترط ذلك، بل يكفي أن لا يقدر على حرفة تليق بمنصبه. أما ما لا يليق به فلا يعتبر. وهذا أعدل. وعلى هذا، إذا قدر على اكتساب بعض النفقة، فلا يستحق إلا القدر المعجوز عنه.

وأما حل السؤال للكسوب، ففيه خلاف للأصحاب. وظاهر الأخبار تدل على

تخرجه^(١)؛ فقد ورد فيه تشديدات. وبالجملية: أخذ المال من القريب أهون من السؤال. فعلى الجملة إذا سأل فلا يُذَل نفسه، ولا يُؤذَى المسئول، ولا يُلح في السؤال.

وأما يسار المنفق، فنحن به أن يفضل عن قوت يومه شيء، حتى يباع في نفقة القريب كل ما يباع في الدين، من عقار وعبد، وإن كان يبيع العبد يردّه إلى أن يتعاطى أعمالاً لا تليق بمنصبه، ولكن يجب عليه أن ينفق على أبعاضه كما ينفق على نفسه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يباع عقاره فيه.

أما المفلس الكسوب، فهل يجب عليه الكسب والإنفاق على قريبه العاجز الزمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجب كما لا يجب لأجل الدين. والثاني: أنه يجب؛ لأن الدين من العوارض، وحاجات الأبناء منوطة بالأباء، فكيف يجوز تضييعهم مع القدرة؟ وقد قال ﷺ: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول»^(٢). وهذا خلاف جارٍ في الكسب لأجل الزوجة، وأنه هل يجب ذلك.

الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق

ولا تقدير في نفقة القريب، بل هو على الكفاية. وإنما يجب ما يدرأ ألم الجوع، وثقل البدن، لا ما يُزيل تمام الشهوة والنهمة، وكذلك يجب في الكسوة الوسط مما يليق به، وهو إمتاع؛ إذ تسقط بمرور الزمان إذا لم يفرضه القاضى بخلاف نفقة الزوجة، وفي نفقة الصغير وجه بعيد أنه لا تسقط بمرور الزمان تبعاً للزوجة، فإن عنايتها بولدها كعنايتها بنفسها.

فروع: الأول: يستحق الأب مع النفقة الإعفاف، وكذلك لو كان كسوباً وكسبه لا يفي إلا بنفسه، فيستحق ذلك على أظهر الوجهين، ولكن لا يجب إلا نفقة زوجة واحدة، فإن كان له زوجتان سلم إليه نفقة زوجة واحدة، ثم يقسم هو عليهما.

الثاني: إذا منع الأب النفقة، فهل للأُم أخذ النفقة من ماله دون إذن؟ فيه وجهان، مأخذهما: التردد في أن إذن الرسول ﷺ لهنْد، كان شرعاً أو قضاءً؟ ولو استقرضت

(١) من ذلك حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «لا تزال المسألة بأحدكم حتى يلقي الله تعالى وليس في وجهه مزعة لحم»، رواه المنذرى في الترغيب والترهيب (٢/٢)، وقال: رواه البخارى ومسلم والنسائى. انظر: مسلم (الزكاة ب ٣٥ رقم ١٠٣)، أحمد (١٥، ٨٨)، ابن أبى شيبة (٢٠٨/٣)، عبد الرزاق (٢٠٠١٢)، السيوطى فى الدر (٣٥٩/١)، ابن الجوزى فى تلبس إبليس (٣٤٣).

(٢) هذا الحديث سبق تخرجه، وذكر ما ورد فيه من ألفاظ، وهو عند أبى داود حديث (١٦٩٢).

عليه فوجهان مرتبان وأولى بالمنع. ولو أنفقت من مال نفسها فوجهان مرتبان وأولى بالمنع؛ إذ تكون مقرضة ومستقرضة. ولو كان للطفل مالاً فأرادت الإنفاق عليه من ماله، من غير مراجعة القاضى، فوجهان مرتبان، وأولى بالجواز.

الثالث: القريب يرفع أمره إلى القاضى ولا يستبد بالاستقراض، فإن عجز عن القاضى فاستقرض؟ فيه وجهان.

فإن كان الأب الموسر غائباً والجدة حاضرة، فعلى القاضى أن يأمر الجد بالإنفاق بشرط الرجوع، إلا أن يتبرع. وإن استقل، فالظاهر: أنه لا يرجع إلا إذا عجز عن القاضى، ففى رجوعه وجهان.

الرابع: يجب على الأم أن ترضع ولده اللبن، إذ يقال: إنه لا يعيش دونه. ثم الأجرة على الأب إن كان له أجرة، وكذلك فى الإرضاع؛ لأن النفقة على الأب وليس عليها الإرضاع إن وجد غيرها. وإن لم توجد إلا واحدة، ولو أجنبية، وجب عليها؛ لأنه من فروض الكفايات. ومهما رغبت فهى أولى، فلا يُقدم عليها الأجنبية؛ رعايةً لجانبها وجانب الطفل؛ لزيادة شفقتها.

فإن تبرعت الأجنبية، وطلبت الأم الأجرة، فقولان، حاصلهما: تردد فى أنه هل يجب على الأب تحصيل زيادة هذه الشفقة للطفل، ودفع الضرر عنها بمال؟.

هذا إذا لم تكن فى نكاحه، فإن كانت فى نكاحه فللزوجة منعها من الإرضاع لأجل الاستمتاع. وفيه وجه: أن منعها من الإرضاع إضرار بها وبالطفل، فيقدم حقها. ولا يتجه هذا. إلا إذا كان الولد من الزوج، فإن كان لغيره فيقدم استمتاع الزوج.

الباب الثانى: فى ترتيب الأقارب عند الاجتماع

والنظر فى أطراف أربعة:

الأول: فى اجتماع الأولاد. وفيه طريقان:

أحدهما: أن التقديم للقرب، حتى يقدم القريب المحروم من الميراث، كبنيت البنات، على البعيد الوارث كبنيت ابن الابن. فإن تساويا فى القرب وأحدهما وارث، كبنيت بنت، وابنة ابن، ففى تقديم الوارث وجهان. فإن اعتبرنا الإرث وتفاوتا فى القدر، فهل توزع على المقادير أو يسوى؟ فيه وجهان. ومثاله: الابن والبنات.

الطريقة الثانية: أن الإرث مقدم. فلو تساويا فى الميراث، وقضى بالتساوى؛ لتساويهما فى أصل الميراث، لا فى قدره فى كل موضع ذكرنا التساوى فيه، كبنيت وابن ابن: فعند ذلك يقدم الأقرب فالأقرب. وإن تساويا فيهما يوزع عليهما. وفيه

وجه: أنه يقدم بالذكر، فيقدم الابن على البنت؛ لأنه مكسب، والنظر إلى الإرث ضعيف مع وجوبها على من لا يرث، وعند اختلاف الدين.

الطرف الثاني: في اجتماع الأصول. والأب مقدم على الأم في الصغر. وبعد البلوغ وجهان:

أحدهما: الأب؛ استصحاباً. والثاني: أنهما أصلان، وكأن ذلك كان من أثر الولاية في الصغر. وعلى هذا، هل يتفاوتان كتفاوت الإرث أم لا؟ فيه وجهان.

أما الأجداد والجدات، فالقريب مقدم على البعيد المدلى به. فإن اختلفت الجهة، فخمسة طرق:

طريقتان ذكرناهما في الأولاد.

الثالثة: أن يقدم بولاية المال، ويدل عليه تقديم الأب على الأم. فإن استويا، فمن يدلى بولي فهو أولى، فإن استويا فالأقرب أولى، وهو اختيار المسعودي.

الرابعة: تعتبر الذكورة، فالذكر أولى، فإن استويا فالمدلى بالذكر أولى، فإن استويا فالأقرب أولى، وعلى هذا، الأب البهدي، وإن لم يكن ولياً، فهو أولى؛ إذ تُرعى الجهة المفيدة للولاية لا نفس الولاية.

الخامسة: النظر إلى الإرث والاكتساب، أعني الذكورة، فإن وُجد فيهما أو عدم، أو وُجد في أحدهما الذكورة، وفي الآخر الوراثة: استويا. وبعد ذلك يقدم بالقرب، وخاصة هذه الطريقة جبر الذكورة والإرث كل واحدٍ لصاحبه. وجميع هذه الطرق تجرى بين الأولاد إلا اعتبار الولاية؛ لأن المرححات أربعة: الولاية، والقرب، والإرث، والذكورة. ولنذكر ثلاث صور لشرح هذه الطرق:

صورة الأولى: أبٌ أبٍ وأم. من اعتبر القرب قدم الأم، ومن اعتبر الإرث نص عليهما، إما متساوياً أو متفاوتاً. ومن اعتبر الولاية، أو الذكورة، قدم الجد. وقيل: للشافعي، رضى الله عنه، نص على أن أب الأب أولى من الأم، ولم يصححه الأئمة.

صورة الثانية: أبٌ أبٍ، وأبٌ أم. من راعى القرب سوى. ومن راعى الإرث أو الولاية أو الذكورة، والإدلاء بها: قدم أب الأب.

صورة الثالثة: أم أبٍ أبٍ، وأبٌ أم. من راعى القرب أو الذكورة، قدم أب الأم. ومن راعى الإرث قدم أم أب الأب.

الطرف الثالث: في اجتماع الأصول والفروع. وفيه مسائل:

إحداها: للفقير أبٌ وابنٌ موسران، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الأبُّ أولى؛ لأنه ولي، فهو أولى بالتربية، إذ يستصحب حال الصغر. والثاني: الابن أولى؛ لأنه أولى بالخدمة. والثالث: أنهما يشتركان. ثم هل يتفاوتان لأجل الإرث؟ فيه الوجهان.

الثانية: ابن وجد. قيل: الجد أولى؛ لأنه كالأب، وقيل: الابن أولى للخدمة والقرب.

الثالثة: ابن وأم. قيل: هي كالأب؛ لأنها أصل. وقيل: الابن أولى قطعاً.

وعلى الجملة تعود الطرق، وإنما يزيد هاهنا أن الفرع بالخدمة أولى، والأصل بالتربية أولى.

الطرف الرابع: في ازدحام الآخذين للنفقة. فإذا لم يفضل إلا قوت واحد. اتفقوا على أن الزوجة مقدمة؛ لأنها عيال كالأولاد وحققها أكد؛ إذ لا يسقط بمرور الزمان ولا بغناها. وفيه احتمال؛ إذ فيه مشابهة الديون، ونفقة القريب في مال المفلس مقدم عليه في يوم الأداء لا في المستقبل، إلا أن الزوجة عيال. فأما المدلون ببعضية فتعود الطرق كلها في الترحيح بالقرب أو الورثة، ويزيد هاهنا شيان:

أحدهما: أن هناك الذكورة جهة في التقديم، وهاهنا الأنوثة هي المرعية؛ إذ تشعر بضعف.

والآخر: أنا في الالتزام، ننظر إلى مقادير الإرث على رأى. وقال الأكثرون: في الأخذ لا ينظر إليه، فإن استوا وزع عليهم. وإن كان لا يسد التوزيع من كل واحد مسدداً أقرع بينهم.

الباب الثالث في أحكام الحضانة

وفيه فصول:

الأول: في الصفات المشروطة

والحضانة: عبارة عن حفظ الولد وتربيته. وتجب بثبوت الحضانة على من عليه النفقة. وعند الازدحام يُسلك بها مسلك الولاية؛ لأنها سلطنة على الحفظ والتربية. لكن تفارق الولاية في أن الإنثى أولى بالحضانة؛ لأن الأنوثة تناسب هذه الولاية؛ لزيادة الرقة والشفقة.

ولو عضل الأقرب، أو غاب، انتقل إلى الأبعد، لا إلى السلطان؛ لأن هذا يعتمد الشفقة المجردة بخلاف ولاية النكاح. ولو امتنعت الأم، فأما أولى من أب الطفل؛ لأن شفقتها كشفقة الأم. وقيل: ينتقل الحق بعضلها إلى الأب؛ وكأنه في درجة السلطنة في

الولاية. وهو بعيد.

ومهما اجتمع الأب والأم، فالأم أحق بالحضانة بشرط اتصاف الأم بخمس صفات.

الإسلام، والعقل، والحرية، والأمانة، والفراغ.

أما الإسلام: فإنما يشترط في ولد المسلم؛ لأن تسليمه إلى الكافر يعرض دينه للفتنة.

وأما العقل: فهو الأصل، فلا ثقة بحفظ المعتوهة.

وأما الحرية: فلا بد منها؛ لأن هذه ولاية، ولا ولاية مع الرق، ولا يؤثر رضا السيد.

وكذلك من نصفها حر، ونصفها رقيق؛ إذ لا ولاية لمثلها، ولكن عليها نفقة القريب؛ لأن ذلك من قبيل الغرامات.

وأما الأمانة: فلا بد منها؛ إذ الفاسقة لا يؤمن من جانبيها.

وأما الفراغ: فنعني به أن لا تكون في نكاح غيره، فإذا نكحت سقط حقها من الحضانة؛ لأنه نوع رق، ولا يؤثر رضا النكاح إلا إذا نكحت من له حق الحضانة كعم الولد، فالمشهور أنه لا يسقط حقها من الحضانة. وفيه وجه: أن الأب أولى من الأم وإن نكحت العم.

ومهما طلقت قبل المسيس عاد حقها، كما إذا أفادت من جنون، أو عتقت من رق، أو تابت من فسق، أو أسلمت بعد كفر. فإن كانت رجعية، فالمنصوص: رجوع حقها؛ لأنها الآن فارغة معتزلة، وفيه قول مخرج، وهو اختيار المزنى: أنه لا حق لها؛ لاستمرار سلطنة الزوج.

أما المعتدة الباتنة: فيعود حقها، لكن إن كانت في مسكن الزوج، فللزوج أن لا يرضى بإدخال الولد ملكه. فإن رضى، رجع حقها لا كرضاه في صلب النكاح، فإنه لا يؤثر؛ لأن هذا كرضا المعير للدار.

الفصل الثاني: فيمن يستحق الحضانة

وهو كل من لا يستقل إما لصغر أو جنون، لكن الأم أولى بالصبي قبل التمييز، فإذا ميز خير بينها وبين الأب، وسلم إلى من يختاره، غلاماً كان أو جارية. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «الأب بالغلام أولى، والأم بالجارية أولى». وقد روى أبو هريرة، رضى الله عنه: «أنه ﷺ خير غلاماً»^(١).

(١) حديث أبي هريرة: «أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه» هكذا عند الشافعي في مسنده (٢٨٨)، والتبريزي (٣٣٧٩)، وسعيد بن منصور (٢٢٧٥)، وله لفظ أطول من هذا بنحوه أخرجه أبو داود (٢٢٧٧)، والنسائي (١٨٥/٦)، والترمذي (١٣٥٧)، وقال: حديث حسن =

ولا ننظر إلى سبع سنين، بل نتبع التمييز. فإن استمرت الغياوة إلى ما بعد البلوغ فالأم أولى، وكذلك إن اتصل به جنون، وكان حقها لا ينقطع إلا باختيار الصبي عن تمييز.

ولو اختار أحدهما، ثم رجع، رُد إلى الآخر؛ لأن الحال قد يتغير في الفرق به، إلا إذا كثر تردده حتى دل على قلة التمييز، فيرد إلى الأم، وكذلك إذا سكت عن الاختيار. هذا في حق الصبي.

أما البالغ: إذا كان غير رشيد، فهو كالصبي. وإن كان رشيداً، وهو ذكر، استقل. وإن كانت جارية وهى بكر، فالظاهر: أن للأب أن يسكنها موضعاً، وليس لها الاستقلال وإن كانت رشيدة، كما يجبرها على حبس النكاح، وهو أعظم من حبس المسكن. ثم هذا يختص بالأب والجد ومن له ولاية الإجماع. وفيه وجه: أنها تستقل، وإنما التزويج بالجبر.

أما البنت: فإنها تستقل إذا تم رشدها بالممارسة، لكنها إن كانت تهتم بريئة، فلعصبتها ولاية إسكانها وملاحظتها؛ دفعاً للعار عن النسب، ولا يثبت هذا إلا لمن له ولاية التزويج. ولو ادعى الرية فأنكرت، فتبعد مطالبتها بالإثبات بالبينة؛ فإن ذلك افتضاح يجر العار، والاحتكام على عاقلة أيضاً، بمجرد الدعوى بعيد، ولكن إقامة البينة أبعد منه.

فرعان: أحدهما: هل يجرى التخيير بين الأم، ومن يقع على حاشية النسب، كالعم والأخ؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم كالأب والجد.

والثاني: أن الأم أولى، وإنما التخيير مع الأب والجد؛ لأن لهم درجة الولاية والإجماع. ويجرى هذا الخلاف في التخيير بين الأب، والأخت والحالة إذا قلنا: إن الأب مقدم عليهما في الحضانة.

الثاني: أنه إذا اختار الأب، لم يمنعها من الزيارة، وإذا اختار الأم لم يسقط عن الأب مئونة الحضانة، والقيام بتأديبه، وتسليمه إلى الحرفة أو المكتب، وكذلك المجنون الذى لا تستقل الأم بضبطه، يجب على الأب رعايته. ومهما سافر الأب سفر نقلة بطل تقديم الأم، وكان له استصحاب الولد؛ كيلا ينقطع النسب سواء كان قبل التمييز أو بعده؛ إذ فيه ضرار. نعم، لو رافقته الأم فهى أولى. وليس له استصحابه فى سفر النزهة، ولا فى

سفر التجارة وإن طالت المدة وفيه وجه؛ لطول المدة.
ولو انتقل إلى ما دون مرحلتين، ففي جواز انتزاع الولد وجهان؛ لأن تنابع الرفاق يمنع اندراس النسب.

الفصل الثالث: في التراحم والتدافع

والنظر في أطراف:

الأول: في اجتماع النسوة. فإن تدافعن، فالحضانة على من عليها النفقة. وإن تراجعا وطلبت كل واحدة الحضانة، فالنص في الجديد: أن الأم أولى، ثم أمهاتها المدليات بالإنثاء لا بالذكور، ثم أم الأب وجداته المدليات بالإنثاء وإن علون. ثم أم الجد وجداته على الترتيب المقدم في الأب، ثم أم أب الجد وجداته كذلك، ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنات الإخوة؛ لأن الخالة أم، وشفقتها أكثر من شفقة العمات، وهن بعد الخالات؛ لأن قرابة الأم أقوى في الحضانة. والقديم يوافق الجديد في جميع هذا الترتيب إلا أنه في القديم قدم الأخوات والخالات على أمهات الأب لإدلائهن بالأم. وهو ضعيف؛ لأن شفقة الأصول أعظم.

ويبقى النظر في ثلاث مسائل:

إحداها: أن الأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم في الجديد، وذكر وجه في التخريج على القديم: أن الأخت للأم مقدمة لقرابة الأم. وعلة الجديد: أنهما يستويان في الشفقة، ولا تؤثر جهة الأم في زيادة الشفقة، لكن هذه لها قوة في الميراث، ويصلح ذلك في الترجيح، لكن هذا لا يطرد في حالة لأب وأخرى لأم، وكذلك لعمات؛ إذ لا ميراث: فمنهم من قدم الخالة للأب؛ لأن الميراث بين لنا قوة هذه الجهة، فلا يرعى غير الميراث. ومنهم من قدم الخالة للأم؛ إذ لا ميراث، وقرابة الأم أكد.

الثانية: نص الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا مدخل في الحضانة لكل جدة ساقطة في الميراث، وهي كل جدة تدلى بذكرين الأثنين. وهو مشكل؛ لأنها وإن كانت ساقطة في الميراث، فالخالة والعمة أيضًا كذلك، ولعل سببه: أن الذكر الذي ليس بوارث ليس له ولاية الحضانة، وهي تدلى به، ولهذا الإشكال ذكر أصحابنا وجهين آخرين:
أحدهما: أنهن لو انفردن فلهن الحضانة، ولكنهن مؤخرات عن الخالات وجميع المذكورات.

والثاني: أنهن مؤخرات عن الجدات الوارثات، مقدمات على الأخوات والخالات.
الثالثة: القرية الأنتى التي لا محرمية لها، كبنات الخالات وبنات العمات، فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا حضانة لهن؛ إذ الحضانة تستدعى خبرة ييواطن الأمور؛ فتستدعى المحرمة.

والثاني: أنه تثبت، وذكر الفوراني ذلك، وقال: الخالات مقدمات على بنات الإخوة، وبنات الإخوة مقدمات على العمات كما يقدم ابن الأخ في الإرث على العم. وقال: بنات الخالات مقدمات على بنات العمات.

الطرف الثاني: في اجتماع الذكور، وهم أربعة أقسام:

الأول: محرم وارث. فله حق الحضانة، ويترتبون ترتب العصابات في الولاية إلا الأخ من الأم، فإنه ليس بولي، وهو متأخر عن الأصول وعن الإخوة للأب مع أنه محرم وارث. وهل يؤخر عن العم؟ فيه وجهان: منهم من أحر؛ للولاية. ومنهم من قدم؛ للقرب والشفقة. وهو الأظهر.

الثاني: الوارث الذي ليس بمحرم، كبنى الأعمام: لهم حق حضانة في الصبي وفي الصغيرة التي لا تشتهي دون التي تشتهي.

الثالث: المحرم الذي ليس بوارث، كالخال، وأب الأم، والعم من الأم، وبنى الأخوات: فهم مؤخرون عن الورثة. وهل لهم حق عند فقدانهم؟ فيه وجهان: أحدهما: تثبت للمحرمة كما تثبت للخالة وإن لم تكن وارثة.

والثاني: لا؛ لأن الخالة أنثى، وانضمام الأنوثة إلى القرابة مؤثر. ثم لا خلاف أن المستحب للسلطان أن يسلم إليهم.

الرابع: قريب ليس بمحرم ولا وارث، كابن الخالة والخال، فالصحيح: أنه لا حق لهم وإن ظهر الخلاف في بنات الخالات لأجل الأنوثة. وفيه وجه.

الطرف الثالث: في اجتماع الذكور والإناث. ولا شك أن الأم وأمهاتها مقدمات، إذا كن من جهة الإناث، ثم بعدهن في الأب والجدا، من قبل الأب، قولان: ظاهر النص: تقديم الأب، فلا يقدم على الأب إلا الأم وأمهاتها. كذلك قال الشافعي، رضي الله عنه.

والثاني: أنهن مقدمات وإن أدلين به؛ لشفقة الأنوثة. فعلى هذا، في تقديم الأخوات على الأب ثلاثة أوجه:

أحدها: التقديم؛ للأنوثة. والثاني: لا؛ لأن الأب أصل. والثالث: أنه يقدم على الأخت للأب؛ فإنها فرعه دون الأخت للأم والأخت للأب والأم.

وهذا الوجه لا يجري في الخالة؛ لأنها ليست فرعاً، ولكن يجري الوجهان في تقديم الخالة على الأب، بل تقديم الخالة عليه أولى من تقديم الأخت. وكل جدّة ليست فاسدة فهي مقدمة على كل عصابة تقع على حواشي النسب.

وأما الذكور والإناث على الحواشي إذا استنوا في القرب والإرث، فالأنثى أولى، والأخت أولى من الأخ.

ولو كانت الأنثى بعيدة، والذكر قريباً، فوجهان؛ لتعارض الأئونة والقربة.

السبب الثالث للنفقة: ملك اليمين

وفيه مسائل:

الأولى: أن نفقة المملوك إمتاع، وهو على الكفاية. ولا تسقط إلا بزوال الملك أو الكتابة. وليس عليه أن يطعمه ويكسوه من جنس ما يطعم ويكسى، ولكن ما يليق به. ولو اقتصر من الكسوة على ما يستر به العورة، لم يجز ذلك في بلادنا؛ لأنه إضرار وإن لم يكن يتأذى بحر وبرد. وهل يجب تفصيل النفيس على الخسيس في الكسوة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب؛ إذ العادة تقتضي ذلك. والثاني: لا؛ لأن الرقيق يليق به الخشن وإن كان نفيساً. والثالث: أنه لا يفرق في العبد، أما الجوارى، فيفضل السرية على الخادمة.

الثانية: قال رسول الله ﷺ: «إذا كفى أحدكم طعامه خادمه، حره ودُّعاه، فليجلسه معه، فإن أباي فليروغ له لقمة، وليناولها إياه»^(١)؛ فترددوا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ذلك واجب على الترتيب. والثاني: أنه يجب، إما الإجماع أو ترويض اللقمة، ولا يجب الترتيب. والثالث: وهو الأظهر، أن ذلك مستحب، وهو من مكارم الأخلاق.

الثالثة: الرقيقة، أو أم الولد، إذا أتت بولد فعليها الإرضاع، بخلاف الزوجة؛ فإنها

(١) الحديث أخرجه: أحمد (٢٤٥/٢، ٢٩٩)، والزيدي في إتحاف (٣٢٦/٦)، والعراقي في المعنى عن حمل الأسفار (٢٢١/٢)، والمتقى في كنز العمال (٢٥٠٧٠)، والترمذي (١٨٥٣)، والبيهقي (٨/٨)، والساعاتي في بدائع اللئ (١١٩٤)، والحيمدي في مسنده (١٠٧٠، ١٠٧١)، والحديث له شاهد معناه في الصحيحين: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا صنع لأحدكم خادمه طعامه، ثم جاءه به وقد رلى حره ودُّعاه - فليقعه معه، فليأكل فإن كان الطعام مشفوها قليلاً، فليضع في يده منه أكلة أو أكلتين»، أخرجه بهذا اللفظ. مسلم (١١١٣)، ولفظ قريب منه: البخاري (٥٤٦٠)، ونحو الأول: أبو داود (٣٨٤٦)، وأحمد (٢٧٧/٢)، والتبريزي (٣٣٤٧).

رقيقة، ولا يُفترق بينه وبينها. ولا تكلف أن ترضع غير ولدها مع ولده ؛ فإنه إضرار بها وبولدها. نعم، له أن يستمتع بها ويضم الولد إلى غيرها في وقت الاستمتاع.

الرابعة: ليس لها فطام ولدها قبل الحولين ولا الزيادة على الحولين إلا برضاها، والمتبع رضا السيد فيه إلا إذا كان إضراراً بالولد. وأما الحرة، فحقها مؤكد في إرضاع ولدها، فيتوقف الفطام على توافقهما. فإن أرادت الفطام فله المنع. وإن أرادت الإرضاع بالأجرة وأراد الأب الفطام، فعليه الأجرة وليس له المنع.

الخامسة: لا أصل للمخارجة، وهو ضرب خراج مقدر على العبد كل يوم، بل على العبد بذل المجهود وعلى السيد أن يحمله على ما يطيقه. فلو امتنع السيد عن الإنفاق يباع عليه، فإن لم يرغب أحد في شرائه، فهو من محاييج المسلمين.

السادسة: يجب عليه علف الدواب؛ لأن أرواحها محترمة؛ ولذلك لا يجوز تعذيبها ولا ذبحها إلا لما كله، وكذلك لا ينزف ألبانها بحيث يستضر بتناجها.

ويجوز غصب العلف والخبط^(١) لحاجتها إذا أشرفت على الهلاك على المذهب الظاهر.

والمسافر يقدم حاجة الدابة إلى الماء على الوضوء، فيتيمم. وإذا أجدبت الأرض فعليه علف السائمة.

ولا يجب عليه عمارة داره وقناته وعقاره وإن أشرفت على الانهدام؛ لأن الحرمه لدى الروح. فإن امتنع من العلف، فللقاضي أن يجبره على البيع، أو يبيع عليه، والله تعالى أعلم وأحكم، والحمد لله رب العالمين.

* * *

(١) اخبط: أوراق الشجر. انظر: المصباح المنير (٢٥١/١)، والقاموس المحيط (ص ٨٥٧).

كتاب الجنایات^(١)

اعلم أن أدلة الشريعة من الكتاب والسنة والإجماع، متظاهرة على أن القتل كبيرة متفاحشة موجبة للعقوبة في الدنيا والآخرة^(٢). وموجباته في الدنيا ثلاثة: القصاص، والدية، والكفارة.

أما القصاص، فالنظر في حكمه عند العفو، والاستيفاء، وفي موجب، أما الموجب، فالنظر فيه يتعلق بالطرف والنفس. أما النفس، فالنظر فيها يتعلق بأركان وهو: القاتل، والقتيل، ونفس القتل.

الركن الأول: القتل نفسه

والموجب للقصاص منه: كل فعل عمد محض، عدوان، مزهق للروح. وقولنا: (مزهق) يتناول المباشرة والسبب؛ فلزم تمييز العمد المحض عن غيره، وتمييز السبب عن غيره. وينكشف بالنظر في أطراف خمسة:

الطرف الأول: في تمييز العمد عن شبه العمد

والقصد له ثلاث متعلقات:

أحدها: بالفعل. فمن تَزَلَّقَ رجلاه، فسقط على غيره فمات، فهو خطأ محض.

الثاني: التعلق بالشخص. فمن رمى إلى صيد، فأصاب إنساناً، فهو خطأ محض وإن كان الفعل باختياره.

الثالث: القصد المتعلق بزهوق الروح. وبهذا يتميز العمد عن شبه العمد.

وفي ضبطه طريقتان:

أحدهما: أن ما علم حصول الموت به، بعد وجود قصد الفعل والشخص، فهو عمد محض، سواء كان قصد الفاعل إزهاق الروح أو لم يكن قصد. وسواء كان حصول الموت به غالباً أو نادراً كقطع الأئمة.

(١) الحناية لغة: يقال: جنى على قومه جنابة: أذنب ذنباً يواخذ به، وقد استعملها الفقهاء في الجرح والقطع وهي عندهم، يراد بها القصاص في النفوس، والأطراف.

وعرفها الشافعية بأنها: كل فعل مزهق للروح، أو مبین للعضو. انظر: المصباح المنير (١/١٥٤)، ومختار الصحاح (١١٤)، والروضة (١٢٢/٩)، ومغنى المحتاج (٢/٤).

(٢) أما عقوبة الدنيا للثائب فإنها تجب عقوبة الآخرة؛ لأن الله لا يجمع بين عقوبتين كما ورد عن رسول الله ﷺ وكما بيته السنة في غير موضع. والله أعلم.

الطريقة الثانية: أن الضابط: «ما يقصد به القتل غالباً في المثلث»، فأما في الجراحات: «فكل جرح سار ذى غور»؛ لأن قطع الأغلة لا يقصد به القتل غالباً. ثم هو موجب للقصاص. وهذا ضعيف؛ لأن معنى العمد لا يختلف بالجرح والمثلث. وللمثلث أيضاً تأثير فى الباطن، وغور فى الترضيض.

والطريقة الأولى أيضاً مدخولة؛ لأنه لو ضرب كوعه بعصا، فتسورم ودام الألم حتى مات، علم حصول الموت به، ولا قصاص فيه؛ لقوله عليه السلام: «قتل السوط والعصا فيه مائة من الإبل»^(١)، وأى فرق بينه وبين ما لو غرز إبره، فأعقبت ألماً وورماً حتى مات، إذ يجب القصاص به. ولو أعقبت ألماً دون الورم فوجهان. فإن أمكن أن يقال: المضروب بالعصا، لعله مات فجأة بسبب فى باطنه: أمكنه ذلك فى غرز الإبرة!! كيف وقد نص الشافعى، رضى الله عنه، أنه لو أبان بعض الأصابع، فتأكل الباقي، فلا قصاص فى الباقي؛ وقد علم حصول السراية به. ونص على أنه لو ضرب رأسه، فأذهب ضوء عينيه وجب القصاص فى الضوء؛ لأن اللطائف تقصد بالسراية دون الأجسام. وقد علم حصول السراية فى الموضوعين؛ وعن هذا تصرف بعض الأصحاب فى النصين بالنقل والتخريج، وقالوا: فيهما قولان، فتخرج الطريقتان على القولين.

ولما عسر الضبط على أبى حنيفة، رحمه الله، إذ رأى القصد خفياً، عول على الجراح؛ فلزمه إسقاط القصاص فى التفريق والتخنيق والتحريق.

فالأولى فى تعليل مذهب الشافعى، رضى الله عنه، أن تترك الضبط، ونقول: حصول الموت بالسبب: إما أن يكون نادراً، أو كثيراً، أو غالباً. وليس كل كثير غالب؛ فإن المرض كثير وليس بنادر ولا غالب بل الغالب الصحة. والجذام نادر لا كثير ولا غالب؛ فكل ما كان حصول الموت به نادراً، فلا قصاص فيه، كالعصا والسوط وغرز إبره لا تعقب ورماً. ولما كان سقوط الأطراف بالسراية نادراً، نص على سقوط القصاص فيه، بخلاف زوال اللطائف كالعقل والبصر.

ويقابل هذه الرتبة ما كان حصول الموت به غالباً، كالجراحات الكبيرة والمثقلات، فتلحق بما يكون حصول الموت به ضرورياً، كالتخنيق وحرّ الرقبة.

والتوسط الذى يكون حصول الموت به كثيراً غالباً، كالجراحات الواسعة فوق غرز الإبرة كقطع الأغلة والعصا والسوط، ففى هذا ينظر إلى السبب الظاهر، وهو الجرح

(١) الحديث أخرجه: أحمد (١٦٤/٢، ١٦٦، ٤١٢/٥)، وأخرج نحوه أبو داود (٤٥٤٧)، والسنائى (٤٠/٨)، وابن ماجه (٢٧٢٦)، وانظر: نيل الأوطار (٨٠/٧).

مزهقاً، فيجب القصاص به؛ لأن الجرح طريق سالك إلى الإزهاق غالباً وإن لم يكن قدر هذا الجرح مزهقاً غالباً، وما لا يجرح فليس طريقاً غالباً، فاعتبر فيه أن يتحقق كونه، بالإضافة إلى الشخص والحال، مهلكاً غالباً. ثم ذلك يختلف بالأشخاص والأحوال؛ فليحكم فيه بالاجتهاد.

فإن قيل: لو ضرب شخصاً ضرباً يقتل المريض غالباً، لكن ظنه صحيحاً؟ قلنا: يجب القصاص؛ لأن هذا الظن إذا لم ينف العدوان في الفعل، وهو في نفسه قاتل: فلا يكون معذوراً بجعله، بخلاف ما لو صدر هذا من مؤدب أو أب، أو من طبيب سقاه شيئاً يقتل ذلك المريض، إلا أنه لم يعرف مرضه، فلا يجب القصاص؛ لأنه جهل أباح الفعل.

فإن قيل: إذا سقى غيره دواء يقتل كثيراً لا غالباً، فهو كالجراحات أو المثقلات؟ قلنا: ظاهر كلام الأصحاب أنه كغرز الإبرة، فإن أعقب تغيراً أو تألماً وجب القصاص؛ لأن أغشية الباطن رقيقة فينقطع بالدواء، فكان إلحاقه بالجرح أولى.

الطرف الثاني: في تمييز السبب عن المباشرة

وما يحصل الموت عقبه ينقسم إلى: شروط، وعلة، وسبب:

أما الشرط، فهو الذي يحصل عنده؛ لأنه كحفر البئر مع التردية، فإن الموت بالتردية، لكن الحفر شرط. وكذا الإمساك مع القتل، والشرط لا يتعلق القصاص به.

وأما العلة، فما تولد الموت، إما بغير واسطة كحز الرقبة، وإما بواسطة، كالرمي، فإنه يولد الجرح، والجرح يولد السراية، والسراية تولد الموت. وهذا يتعلق القصاص به.

أما السبب، فماله أثر في التولد، ولكنه يشبه الشرط من وجه، فهذا على ثلاث مراتب:

الأولى: الإكراه على القتل. وهو موجب للقصاص؛ فإنه شديد بالعلة؛ لأنه يولد في المكروه داعية القتل غالباً.

الثانية: شهادة الزور. فإنها تولد في القاضي داعية القتل، لكنه دون الإكراه؛ فإن هذا إجماع شرعاً، والأول حساً، لكن لما كان كل واحد يقضى إلى القتل غالباً في شخص معين لم نفرق بينهما. وأبو حنيفة، رحمه الله، لم يلحق الشهادة بالإكراه.

الثالثة: ما يولد المباشرة توليداً عرقياً، لا حسياً ولا شرعياً كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف، ففيه قولان:

أحدهما: لا قصاص على المقدم؛ لأن الأكل ليس ملجئاً لا حساً ولا شرعاً. والثاني:

يجب؛ لأن هذا التغرير يُفضى إلى القتل غالباً فى معين. ثم الصحيح أن الدية تجب. وقيل بطرد القولين.

ولو وضع الطعام المسموم فى داره اعتماداً على أن الداخل المقصود سيأكله انبساطاً، فلا قصاص عليه. وقيل بطرد القولين. فلو دعا الضيف، وحفر فى الدهليز بئراً، فتردى فيه، ففى القصاص قولان. فإن قيل: لو جرى سبب، وقدر المقصود على دفعه ولم يدفع؟ قلنا: هذا على مراتب:

الأولى: أن لا يكون السبب مهلكاً، كما لو فتح عرقه بغير إذنه ولم يعصب حتى نزع الدم. أو ألقاه فى ماء قليل، فبقى مُستلقياً حتى غرق، أو حبسه فى بيت، فلم يطلب طعاماً مع القدرة حتى مات: فهو الذى أهلك نفسه؛ فلا دية له ولا قصاص.

الثانية: أن يكون السبب مهلكاً والدفع عسيراً، كترك مداواة الجرح، فالقصاص واجب.

الثالثة: أن يكون السبب مهلكاً وكان الدفع سهلاً، كما لو ألقاه فى ماء مُغرق فترك السباحة، وهو يحسنها، ففيه وجهان. ووجه الإيجاب: أنه قد يدهش عن السباحة والسبب فى نفسه مهلك. وفى الدية وجهان مرتبان وأولى بالوجوب.

ولو ألقاه فى نار فوقف، فوجهان مرتبان. والظاهر: وجوب القصاص؛ لأن النار بأول اللقاء تشنج الأعضاء؛ فتعسر الحركة به.

فإن قيل: لو كان به بعض الجوع، فحبسه ومنعه الطعام حتى مات؟ قلنا: إن علم، وجب القصاص، كما لو قصد مريضاً بضرب خفيف. وإن كان جاهلاً بجوعه ففى القود قولان:

أحدهما: يجب، كما لو ضرب مريضاً على ظن أنه صحيح، فالجوع السابق، وإن كان معيناً، فهو كالمرض.

والثاني: لا يجب؛ لأن هذا القدر من الجوع ليس مهلكاً، وزيادة الجوع الأول هو الذى أهلك بخلاف الضرب، فإنه ليس زيادة فى المرض؛ لأنه ليس من جنسه، فلم يمكن إحالة الهلاك عليه.

وحيث لا نوجب القصاص، فلا بد من الدية. وفى قدرها قولان: أحدهما: الكل؛ إذ سقوط القصاص كان بالشبهة. والثاني: النصف؛ لأن الهلاك حصل بالجوعين، فهو كما لو وضع فى السفينة المثقلة زيادة مغرقة، ففى قدر الضمان ثلاثة أقوال:

أحدها: الكل. والثاني: النصف. والثالث: التوزيع؛ لأن تأثير المثقلات فى الإغراق

متناسب بخلاف تأثير الجوع والجرح.

الطرف الثالث: في اجتماع السبب والمباشرة

أما الشرط، فلا يخفى سقوطه معهما، كالمسك مع القاتل، والحافر مع المردى؛ إذ لا قصاص عليهما ولا ضمان خلافاً لما لك، رضى الله عنه، فإنه جعل المسك شريكاً. وأما المباشرة مع السبب، فعلى مراتب:

الأولى: أن يغلب السبب المباشرة. وذلك إذا لم تكن المباشرة عدواناً، كقتل القاضى والجلاد مع شهادة الزور، فالقصاص على الشهود. فإن كان عدواناً، بأن اعترف ولى القصاص بكونه عالماً بالتزوير، فلا قصاص على الشهود، ولا دية؛ لأنه لم يلجأ حساً ولا شرعاً، فصار قولهم شرطاً محضاً كالإمساك.

الثانية: أن يصير السبب مغلوباً بالمباشرة، كما إذا ألقاه من شاهق الجبل، فنلقاه إنسان بسيفه فقدمه بنصفين فلا قصاص على الملقى، عرف أو لم يُعرف؛ لأن إلقاءه صار شرطاً محضاً لما ورد عليه مباشرة مستقلة.

الثالثة: أن يعتدل السبب والمباشرة، كالإكراه على القتل، فالأقوى لا يحبط مباشرة المكروه خلافاً لزفر وأبى يوسف. وهل تصير المباشرة مغلوبة به حتى لا يجب القصاص على المكروه؟ فيه قولان فإن لم نوجب القصاص، ففي الدية قولان مرتبان وأولى بالوجوب؛ لأنها تثبت مع الشبهة. ووجه الإسقاط، نقل الفعل عن المكروه وجعله كالآلة. وإن أوجبنا الدية ففي طريقها وجهان:

أحدهما: تجب عليهما جميعاً ثم يرجع على المكروه. والثاني: يجب النصف؛ لأن إيجاب القصاص عليهما كالتشريك. فإن قلنا: لا دية، ففي الكفارة وجهان: وجه إثباتها؛ أنه آثم بالقتل وفاقاً. وقد تجب الكفارة حيث لا دية كما فى الرمى إلى صف الكفار.

وإن قلنا: لا تجب، ففي حرمان الميراث وجهان. والظاهر الحرمان؛ لأنه آثم بالقتل. والكفارة والدية غرم يمكن نقله إلى المكروه بخلاف الحرمان.

فإن قيل: فما قولكم فى أمر السلطان؟ قلنا: فى نزوله منزلة الإكراه وجهان. وجه إلحاقه به أمران:

أحدهما: أنه يعلم من عادة السلطان السطوة عند المخالفة وإن لم يصرح به. وعلى هذه العلة يلتحق به كل متغلب هذه عادته وإن لم يكن سلطاناً. ثم وجه التردد: أن المعلوم من عادته، هل يكون كالمفوض به على الاقتران؟.

العلة الثانية: أن طاعة السلطان واجبة على الجملة؛ كيلا تؤدي مخالفته إلى إثارة الفتنة. ولذلك نقول: لا يتعزل بالفسق. ولو كان الاستبدال به يثير الفتنة فلا يستبدل؛ فتزاحم على الفعل موجب ومحرم. فإن لم يُبح انتهض شبهة كالإكراه، بخلاف أمر السيد عبده، فإنه يجب عليه مخالفة السيد؛ إذ لو عاقبه دفع السلطان ظلمه، وليس وراء السلطان يد دافعة، فمخالفته تحرك الفتنة. نعم، لو كان العبد من طباعه الضرورة، فإذا أغراه بإنسان، فالقصاص على السيد كما لو أغرى سبعا، وكذا لو أغرى محنونا هذه حاله، هل يتعلق الضمان برقبة هذا العبد، وبمال هذا المجنون؟ أن ينزل منزلة البهيمة؟ فيه وجهان؛ من حيث إنه إنسان صورة، لكنه بهيمة في المعنى.

فإن قيل: وما حد الإكراه؟ قلنا: قد ذكرنا صورته في الطلاق، لكننا نتعرض لصور:
إحداها: أنه لو أكره إنسانا على أن يكره ثالثا على قتل الرابع، فعلى الأول قصاص، وفيمن بعده قولان.

الثانية: لو قال: اقتل زيدا أو عمرا وإلا قتلتك، فقتل زيدا فهو مختار؛ لأن ميله إلى زيدا ليس إلا عن شهوة، ويظهر ذلك إذا قال: اقتل من أهل الدار واحدا وإلا قتلتك.
الثالثة: أن يقول: اقتل نفسك وإلا قتلتك. فهذا ليس بإكراه. ولو قال: اقتلني وإلا قتلتك، فهذا إكراه وإذن، فهل يؤثر الإذن في سقوط القصاص والدية؟ فيه ثلاثة أوجه:
أصحها: أنه يسقط؛ لأنه صاحب الحق كما إذا قال: اقتل عبي. والثاني: لا؛ لأن القصاص والدية تثبت للورثة ابتداء لا إرثا. والثالث: لا يجب القصاص؛ للشبهة، وتجب الدية.

فإن قيل: إذا رأيتم إيجاب القصاص عليهما؟ فإن لم يكن أحدهما كفوا للمقتول؟ قلنا: يجب القصاص على الكف؛ لأن شريك غير الكف يجب القصاص عليه كشريك الأب^(١) وشريك العبد في قتل السيد.

وإن كان أحدهما صبيّا، وقلنا: إن فعل الصبي خطأ، فالآخر شريك خاطئ، لكن إن كان المحمول صبيّا، فيحتمل أن يجب القصاص على الحامل؛ لأن خطئه نتيجة الإكراه، فهو كما لو أكره إنسانا على أن يرمى إلى طلل عرفه المكروه إنسانا، وظنه الرامي جرثومة، فقي وجوب القصاص وجهان. وجه الإيجاب: جعل المكروه مباشرا وجعل المكروه آلة له؛ لأنه تولد من إكراهه. وعن هذا اختلط الأصحاب في المكروه على إتلاف المال، هل يطالب بالضمان؟ فعلى وجه: لا يطالب أصلا؛ لأنه كالألة.

(١) أى: كشريك الأب في قتل ابنه.

ولو أكرهه على صعود شجرة، فزلقت رجله فمات وجب القصاص على المكره، ولم يجعل كشريك الخاطيء؛ لأن هذا الخطأ ولده إكراهه بخلاف جعل المكره وصباه، فإن فيه وجهين.

فإن قيل: فما الذى يباح بالإكراه؟ قلنا: لا يباح به القتل والزنا، ويباح به إتلاف المال، بل يجب. وتباح به الردة، وفى وجوب التلفظ به وجهان، منهم من لم يوجب؛ للتصلب فى الدين، ويباح شرب الخمر بالإكراه، وفى وجوبه خلاف مرتب على الردة وأولى بالوجوب. والإفطار فى الصوم ينبغي أن يقضى بوجوبه.

الطرف الرابع: أن يكون السبب من الآدمى والمباشرة من بهيمة

كما إذا ألقاه فى تيار بحر فالتقمه الحوت قبل الغرق، فيلزمه القصاص، وينزل فعل الحوت منزلة جرح السكين.

ولو ألقاه فى بئر عميق، وكان فى عمقه نصل منصوب فمات به وجب القصاص، وخرج الربيع قولاً: أن الدية تجب دون القصاص، اعتباراً باختيار الحيوان وكونه شبهة فى الدفع. وإن ألقاه فى ماء لا يغرق، فالتقمه الحوت من حيث لم يشعر الملقى: فلا يجب عليه إلا الدية. وإن عرف حضور الحوت لزمه القصاص.

ولو أمسك إنساناً وعرضه للبيع حتى افترسه، وجب القصاص. والمجنون الضارى بطبعه كالسبع والحوت، وإن لم يكن ضارياً اعتبر اختياره فى قطع السبب.

فروع أربعة: الأولى: لو أنهشه حية أو عقرباً - يقتل مثله غالباً - لزمه القصاص، ونزلت الحية منزلة السكين. ولو كان لا يقتل غالباً كان كفرز الإبرة.

الثانى: لو ألقى عليه عقرباً أو حية فنهشته، فلا قود؛ لأن الغالب أنه يفر، وإن كان ضارياً فهو كالإنهاش.

الثالث: لو جمع بينه وبين سبع فى بيت فافترسه، وجب القصاص. وإن كان بدله حية فلا قصاص؛ لأن الحية تفر، والسبع فى المضيق يثب بطبعه. فإن لم يكن الطبع كذلك لم يكن الحكم كذلك.

الرابع: لو أغرى به كلباً أو سبعاً فى صحراء، فلا قصاص بخلاف البيت؛ فإن السبع فى المضيق يقصد، وفى الصحراء يتوحش.

فإن كان ضارياً فى الصحراء ولم يكن الهرب ممكناً: لزم القصاص، فإن كان الهرب ممكناً فتخاذل، فهو كترك السباحة.

الطرف الخامس: في طرآن المباشرة على المباشرة أو السبب على السبب

والحكم فيه تقديم الأقوى. فإن اعتدلا جمعنا بينهما، فلو جرح الأول وحز الثاني الرقبة فالقاتل هو الثاني؛ لانقطاع أثر الأول بخلاف ما إذا قطع هذا من الكوع، والثاني من المرفق فمات، فإن القصاص عليهما؛ لأن ألم الأول ينتشر إلى الأعضاء الرئيسية ويبقى.

ولو قطع الأول حلقومه ولم يبق إلا حركة المذبحين فقداه الثاني بنصفين، فالقصاص على الأول، ولا نظر إلى حركة المذبحين بخلاف ما لو حز رقبة المريض المشرف على الموت؛ لأن موته غير مقطوع به، وبخلاف ما لو نزع أحشاءه وإن كان بحيث يعلم أنه يموت بعد يوم أو يومين، ولكنه في الحال يعقل بحياة مستقرة، فإن القصاص يجب على من حز الرقبة؛ لأن عمره، رضى الله عنه، شاور في الخلافة في هذه الحالة، فكيف لا تعتبر حياته؟ وقال مالك، رحمه الله: هو كحركة المذبحين^(١).

فأما إذا جرح كل واحد جراحة فمات بالسراية، أو حز أحدهما الرقبة، والآخر قد بنصفين معاً، فهما شريكان.

فقد تنخل من هذا: أن العمد المحض العدوان المزهق للروح سبب القصاص. ولا يرد على الحد ما لو استحق حز رقبة إنسان فقداه بنصفين؛ لأنه لا عدوان به من حيث كونه إزهاقاً، بل من حيث الإساءة في الطريق؛ فلذلك لم يجب القصاص.

فإن قيل: ظن الإباحة، هل يكون شبهة؟ قلنا: إذا قتل من ظنه مرتدّاً، ولم تعهد له الردة، فيجب القصاص. وإن كان قد عُهد مرتدّاً، ولكنه أسلم ولم يشعر به فقولان:

أحدهما: السقوط؛ للظن المبتنى على الاستصحاب. والثاني: يجب؛ لأنه غير معذور في هذا الظن، إذ لا يحل للأحاد قتل المرتد، وكذلك لو ظنه عبداً أو ذمياً لزمه القصاص على المذهب؛ لأن هذا ظن لا يبيح؛ فهو كما لو زنى مع العلم بالتحريم والجهل بوجوب الحد، بخلاف ما إذا رأى مسلماً في دار الحرب على زى المشركين ولم يعهده مسلماً فقتله، فإذا هو مسلم، فلا قود وتجب الكفارة، وفي الدية قولان؛ لأن القتل مباح

(١) المراد بحركة المذبحين، الحالة التي لا يبقى معها الإبصار والإدراك، والبطق والحركة الاختياريان، فقد يقدّ الشخص نصفين، وترك أحشائه في النصف الأعلى، فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم، وإن انتظمت فليست صادرة عن روية واختيار، وهذه الحالة تسمى حاة «الأس» ولا يصح فيها إسلام كافر، ولا شيء من تصرفاته، وبصير المال للورثة؛ فلو مات قريب لمن انتهى إلى هذه الحالة، لم يورث منه، وكما لا يصح فيها إسلام كافر، لا يصح فيها ردة مسلم، والعباد بالله تعالى. انظر: الروضة (١٤٥/٩).

بهذا الظن، وهو معذور:

[أحدهما: يجب؛ لأنها ضمان المحل، وذلك لا يختلف باختلاف حال المتلف. والثاني: أنها لا يجب؛ لأنها وإن كانت عوضاً، فليست على مذاق الأعواض المحضة؛ فإنها بدل للنفس. وتجب الكفارة قولاً واحداً؛ لأنها يجب من غير تقصير]^(١).

ولو قتل إنساناً على ظن أنه قاتل أبيه، ففى وجوب القصاص قولان: [أحدهما: يجب؛ لأنه غير معذور فيه. الثاني: لا يجب؛ لأن هذا الظن مما يمهّد عذره]^(٢)؛ لأن القتل مباح بهذا الظن، لكنه غير معذور؛ ولهذا نقطع بالوجوب إذا قال: تبينت أن أبى حى. ومن أصحابنا من قطع بأنه لو صدقه ولى الدم، فلا قصاص. وإنما القولان إذا تنازعا. ومنهم من طرد القولين؛ لأنه ظن من غير مستند شرعى.

الركن الثاني: القتل

وشرط كونه مضموناً بالقصاص على الجملة: كونه معصوماً. والعصمة تستفاد بالإسلام. والحزبية والأمان يتنزلان منزله. والحربى مهدر، والمرتد كذلك فى حق المسلم، ولكن فى حق الكافر الذمى والمرتد إذا قتلته فيه خلاف. ومن عليه القصاص معصوم فى حق غير المستحق.

والزانى المحصن معصوم بالقصاص عن الذمى. وعن المسلم فيه وجهان، مثارهم: التردد فى أن الحد للمسلمين، والإمام نائبهم؟ أو إضافة الحد إلى الله تعالى كإضافة القصاص إلى إنسان معين حتى لا يظهر أثره فى حق غيره؟.

الركن الثالث: القاتل

وشرط وجوب القصاص عليه أن يكون ملتزماً للأحكام؛ فلا قصاص على الصبى، والمجنون ولا على الحربى. ويجب على الذمى، وفى السكران خلاف مبنى على أنه يسلك به مسلك الصاحى أو المجنون؟.

هذا هو النظر فى صفات القتل والقتيل والقاتل، ووراء هذه صفات هى نسبة بين القاتل والقتيل لا يمكن تخصيصه بأحدها وهو ألا يفضل القاتل القاتل بالدين والحرية والأبوة. وقد تعتبر فضيلة العدد والذكورة وتأيد العصمة عند بعض العلماء فمجموع هذه الخصال ستة:

(١) ما بين المعكوفتين زيادة ليست فى الأصل الذى نعتد عليه وأثبتناها من أصول أخرى بالمقابلة مع ط. دار السلام.

(٢) وهذه أيضاً زيادة ليست فى الأصل وأثبتناها كالزيادة السابقة.

الخصلة الأولى من خصال الكفاءة: التساوى فى الدين الحق:

فهذه الفضيلة فى القاتل تمنع وجوب القصاص ابتداءً، فلا يقتل مسلم بكافر، ويقتل اليهودى بالنصرانى ومعتمد هذه الخصلة قوله ﷺ: «لا يقتل مؤمن بكافر»^(١).

فروع أربعة: الأول: لو قتل ذمى ذمياً، ثم أسلم القاتل قبل استيفاء القود: اقتصر منه؛ لأن المساواة شرط لينتقد القتل سبباً للوجوب، فما طرأ بعد ذلك لا يمنع الاستيفاء. ولو أسلم الجارح بين الموت والجرح فالنظر إلى حالة الجرح؟ أو إلى حالة الموت؟ فيه وجهان.

الثانى: إذا قتل عبد مسلم عبداً مسلماً لكافر، ففى وجوب القصاص وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأن الكفاءة بين القاتل والمقتل والقاتل موجودة، والسيد كالوارث. ولو مات ولى القاتل الذمى، بعد أن أسلم القاتل بعد القتل وقبل استيفاء القود، فالمذهب ثبوت القصاص لهذا الذمى؛ لأنه فى حكم الإرث والدوام.

والوجه الثانى: أنه لا يجب؛ لأن هذا القصاص يجب ابتداءً للسيد، وهو كافر، ولا يجب للعبد حتى يورث منه، ولا يمكن تسليط كافر ابتداءً على مسلم.

الثالث: لو قتل مسلم مرتدًا فلا قصاص. فلو قتله مرتد فالظاهر وجوب القصاص؛ للتساوى. وقيل: المرتد مهدر كالخربى، ولا يجب قصاص الخربى على الخربى. أما إذا قتله ذمى، فتلاثة أقوال:

(١) الحديث أخرجه: أحمد (٢/١٨٠، ١٩٤، ٢١٥)، والحاكم (٢/١٤١، ٢٧٥/٤)، وابن أبى شيبة (٩/٢٩٤)، والبخارى فى شرح السنة (١٠/١٧٦)، والزيلعى (٤/٣٣٤، ٣٣٥)، وابن حجر فى فتح البارى (١٢/٢٠٤)، والمتقى فى كنز العمال (١١٢٨٩، ٣٩٨١٧)، والبيهقى فى شرح معانى الآثار (٣/١٩٢)، والشافعى (١٩٠، ٢٠٣)، وأبو نعيم (٩/١٠)، والألبانى فى الضعيفة (٤٦٠). قال الشوكانى فى نيل الأوطار (٧/٨): فى الباب عن ابن عمر عند ابن حبان فى صحيحه (١٦٩٩)، وأشار إليه الترمذى وحسنه (١٤١٢، ١٤١٣)، وعن ابن عباس عند ابن ماجه (٢٦٦٠، ٢٦٥٩)، وروى الشافعى، سبق من حديث عطاء وطاوس ومجاهد وإخسن مرسلًا. وذكر الحديث، وروى البيهقى (٨/٣٠، ١٩٤)، من حديث عمران بن حصين نحو ما فى الباب وكذلك رواه البزار من حديثه. وروى أبو داود (٤٠٠٦)، والنسائى (القسماء ب ١٠، ب ١٤)، من حديث عائشة نحوه.

وقال الحافظ فى الفتح بعد أن ذكر حديث علىّ الآخر وحديث عمرو بن شعيب وحديث عائشة، وابن عباس: إن طرقها كلها ضعيفة إلا الطريق الأولى والثانية فإن سد كل منهما حسن أ. هـ. قلت: والحديث رواه موقوفًا عن على بن أبى طالب، رضى الله عنه: البخارى (٤/٨٤، ١٤/٩، ١٦ ح ٦٩١٥)، وانظر: المراجع السابقة.

أحدها: أنه يجب القصاص لعمده، ودية لخطئه؛ لأنه ساواه في الدين، والمرتد ليس بمهتر في حقه.

والثاني: لا يجب؛ لأنه مهتر، والذمي معصوم.

والثالث: قاله الإصطخري: يجب القصاص سياسةً، ولا تجب الدية؛ لأنه غير معصوم.

الرابع: المرتد إذا قتل ذميًا، ففيه قولان:

أحدهما: اختيار المزنى: أنه يقتل كالذمين. والثاني: لا؛ لأن حرمة الإسلام باقية؛ ولهذا لا يجوز للذمي نكاح المرتدة، ولا يحل استرقاقها.

الخلاصة الثانية: الكفاءة في الحرية:

فلا يقتل الحر ولا من فيه شقص من الحرية برقيق، كما لا تقطع يده بيده وفأق. ثم طرآن الحرية أو الرق على القاتل بعد القتل لا يمنع من استيفاء القود كما في طرآن الإسلام.

فروع ثلاثة: الأول: الناقص مقتول بالكامل. والمستولدة والمكاتبة حكمها حكم القن في القصاص. والمكاتب إذا قتل عبد نفسه لم يقتل به؛ لأنه سيده وإن كان هو أيضًا رقيقًا. ولو كان عبده أباه، وقد تكاتب عليه، ففى قتله وجهان. ووجه الإيجاب: أن ملكه على الأب ليس مستقرًا؛ لأنه يستحق العنق بعناقه، فلا يكون شبهة.

الثاني: من نصفه حر، ونصفه عبد، إذا قتل من هو فى مثل حاله، قال العراقيون: يجب القصاص؛ للتساوى إلا إذا كان جزء الحرية من القاتل أكثر. وقالت المروزة: لا يجب ما دام فى القاتل جزء من الحرية ولو العشر، وفى القاتل جزء من الرق ولو العشر؛ لأن كل جزء من القاتل يقابله جزء شائع من القاتل من الحرية والرق، فيؤدى إلى استيفاء جزء من الحر بجزء من الرقيق، وهو مقتضى التوزيع المذكور فى مسألة مد عجوة.

الثالث: العبد المسلم والحر الذمي، لا قصاص بينهما من الجنائين؛ لأن كل واحد منهما فضل صاحبه بفضيلة، والنقيصة لا تجبر بفضيلة. ومهما آل أمر العبد إلى المال، فالواجب قيمته بالغة ما بلغت، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يزداد على دية الحر، بل يحط عنه قدر نصاب السرقة.

الخلاصة الثالثة: فضيلة الأبوة:

قال رسول الله ﷺ: «لا يقتل والد بولده»^(١). ففهم منه أن الولد لا يكون سببًا

(١) ورد هذا الحديث بطرق وألفاظ متقاربة منها: «لا يقتل الوالد بالولد» أخرجه. الترمذى =

لإعدام من هو سبب وجوده؛ فيتعدى هذا إلى الأم والأجداد والجدات. وذكر صاحب «التلخيص» في الأجداد والجدات قولاً، واقتصر على النسب القريب في الوجود. وهذا ضعيف؛ ولهذه العلة منعنا أن يقتل الابن أباه الحربي، أو الزاني المحصن إذا كان الابن جلاًداً. وكأن الخلل في الاستيفاء والقصاص في حكم الواجب الساقط، ولهذا لو قتل زوجة ابنه فلا قصاص؛ إذ صار ابنه شريكاً في الاستحقاق فلا يمكنه الاستيفاء، وكذلك لو قتل معتق ابنه، وله وارث سوى الابن فمات وصار الابن وارثاً؛ سقط.

فروعان: أحدهما: أخوان قتل الأول أباه، وقتل الثاني أمه، فإن كانت الأم زوجة الأب فلا قصاص على الأخ القاتل للأب؛ لأن قصاصه ثبت للأخ والأم، فلما قتل الثاني الأم ورث منها قصاص نفسه، فسقط؛ إذ يستحيل أن يستحق قتل نفسه.

وإن لم تكن زوجة الأب استحق كل واحد منهما قصاص صاحبه، ولم يستحق أحد قصاص نفسه إرثاً عن قتيله؛ لأن القاتل محروم عن الميراث.

ولو بادر أحدهما وقتل آخر، سقط القصاص عن المبادر؛ لأنه ورث قصاص نفسه عن أخيه القاتل، وإن قلنا: إن القتل بالحق لا يحرم الميراث. وعلى هذا، إذا كان يستفيد بالمبادرة تخليص نفسه، فلو تنازعا في السبق، فالوجه: أن يقدم من سبق استحقاقه، ويقرع بينهما إذا تساويا.

ومهما تساويا في قتل الأبوين، فلا فرق بين أن تكون الأم زوجة أو لا تكون؛ إذ لا سبيل إلى توريث أحد القاتلين من الآخر.

الثاني: لو تداعى رجلان لقيطاً أو وطناً منكوحاً بالشبهة، فأنت يولد فقتله أحدهما قبل إلحاق القائف، فلا قصاص في الحال؛ لأن أحدهما أب وقد أشبه الأمر، فهو كما لو أشبه إناء نجس بإناء طاهر، فلا يجوز استعماله من غير اجتهداد. فإن ألحق القائف بغير القاتل اقتصر من القاتل، وإن ألحقه به فلا.

= (١٤٠١)، والدارقطني (١٤١/٣)، وابن أبي شيبة (٤١٠/٩)، وابن حجر في تلخيص الحبير (١٦/٤)، والمتقى في كنز العمال (٢٠٨٢٩، ٣٩٨١٣).

وبلفظ: «لا يقتل الوالد بالولد ولا تقام الحدود في المساجد» ابن عدي في الكامل في الصغفاء (٢٨١/١)، ولفظ: «لا يقاد الوالد بالولد» أخرجه: الترمذي (١٤٠٠)، والبيهقي (١٩/٨)، والحاكم (٣٦٩/٤)، والبخاري في شرح السنة (١٨٠/١٠)، والزبيدي في إتحاف السادة (٢٤/٧)، وابن عساكر (٣١٤/٢)، والعجلوني في كشف الخفا (٥٢٢/٢)، والمتقى الهندي (٣٩٨١٢)، ونصب الراية نحوه (٣٣٩/٤، ٣٤١)، ونحوه عند: أحمد (٢٢/١، ١٦)، والدارمي (١٩٠/٢)، والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل (٢٦٩/٧، ٢٧٠)، بمجموع طرقه.

الخصلة الرابعة: التفاوت في تأبد العصمة: والمذهب: أنه لا يعتبر، بل يقتل الذمي بالمعاهد كما يقتل المعاهد به، وفيه احتمال.

الخصلة الخامسة: فضيلة الذكورة: ولا تعتبر بالاتفاق، بل يقتل الرجل بالمرأة. وقال على بن أبي طالب، رضي الله عنه: يجب في تركة المرأة المقتولة شطر دية الرجل؛ لتكون مع ديتها كفؤاً للرجل. فإذا قتلت المرأة رجلاً قال: لا يقنع بدمها، بل يطلب معه شطر دية من تركتها مع قتلها أيضاً.

فرعان: أحدهما: في الخنثى: إذا قطع الرجل ذكر خنثى مُشكل وشفريه، فلا قصاص في الحال؛ لاحتمال أن المقطوع امرأة، وكذلك إن كان القاطع امرأة لم يجب؛ لاحتمال أن المقطوع رجل، والشفيران زائد. فإذا تبين الحال لم يخف الحكم.

فلو طلب الخنثى، في الحال، الدية وعفا عن القصاص، سلمنا إليه دية الشفرين وحكومة الذكر، وقدرناه امرأة أخذاً بأحسن التقديرين واقتصاراً على المستيقن؛ إذ تقدير الذكورة يزيد على هذا لا محالة.

وإن لم يعف عن القصاص، وقال: لا بد من تسليم شيء؛ لأنني أستحق مع القصاص شيئاً لا محالة: فإن كان القاطع رجلاً، فالقصاص محتمل في الذكر فلا تُقدر ديته، بل يصرف إليه أقل الأمرين من حكومة الشفرين بالإضافة إلى حالة الذكورة، أو دية الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة. ويكون المصروف إليه، بكل حال، أقل من مائة من الإبل ويصرف إليه، فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة.

وإن كان القاطع امرأة، فلا تُقدر دية الشفرين؛ لإمكان القصاص فيه، بل تُقدر حكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة ويصرف إليه؛ فإنه أقل من تقدير حكومة الشفرين مع دية الذكر على تقدير الذكورة. وإن كان القاطع خنثى مشكلاً، لم يصرف إليه شيء؛ إذ يحتمل أن يكونا رجلين أو امرأتين، فيجرى القصاص في الإليتين، الزائد بالزائد، والأصلية بالأصلية. ولو قطعت المرأة آلة الرجال، والرجل آلة النساء فلا يتصور القصاص؛ فعلى كل واحد حكومة على تقدير كونها زائداً، بشرط أن لا تزيد على تقدير الدية فيها، فإنه لو كان رجلاً، فرمما تكون حكومة في شفرية أكثر من دية امرأة؛ فلا يجب إلا ما دونه. ومن الأصحاب من قال: إذ لم يعف عن القصاص، وكان القاطع رجلاً أو امرأة فلا يصرف إليه شيء في الحال؛ لأن ما يطالب به ليس يدرى أهو حكومة أم دية؟ وهو ضعيف.

الفروع الثانی: إذا كان الجاني رجلاً، وكان المحنى عليه يدعى عليه بأنك أقررت بأنى رجل؛ فلى القصاص فى الذكر، وقال الجاني: بل أقررت بأنك امرأة، ففيه قولان: أحدهما: القول قول الجاني؛ إذ الأصل عدم القصاص. والثاني: القول قول المحنى عليه؛ لأننا نحكم بالذكرة بقوله إن تقدم على الجناية، فكذا إذا تأخر.

الخصلة السادسة: التفاوت فى العدد:

ولا يؤثر ذلك، بل تقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فى قتله، والواحد إذا قتل جماعة قتل بواحدٍ وللباقين الديات. وإنما يوجب القصاص على كل شريك؛ لأنه قاتل بفعله، وفعل شريكه منسوب إليه بواسطة الاستعانة وكمال به فعله حسماً للذريعة، لكن يشترط أن يكون فعل شريكه عمداً مضمناً، وإن كان خطأ فلا قصاص على الشريك، لخروج الفعل عن كونه موجباً، خلافاً للمزنى، رحمه الله. فيجب القصاص على شريك الأب، وعلى الذمى إذا شارك المسلم فى قتل ذمى، وعلى العبد إذا شارك الحر فى قتل عبده، وكذا كل عامد ضامن، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله.

ولو شارك عامد غير ضامن كشريك الحربى ومستحق القصاص والإمام فى قطع يد السارق، وكما إذا جرح جارحاً حريباً أو مرتدّاً، فجرحه الآخر بعد الإسلام، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجب، كما فى شريك الأب؛ لوجود العمدية. والثانى: لا؛ لأن الفعل اتصف بكونه مباحاً، فاكسب صفة من هذه الأسباب كما اتصف بكونه خطأ، فرجع الخلل إلى وصف الفعل.

والسبع مُردد بين الحربى والخاطى، ففى وجه: يلتحق بالخاطى، وهو الأصح. وفى وجه: بالحربى. وعلى هذا لو أخطأ السبع فشريكه شريك الخاطى.

وفى شريك السيد طريقان: منهم من قال: هو كالحربى؛ لسقوط القصاص والدية. ومنهم من قال: هو ضامن للكفارة، فأشبهه الأب.

وشريك القاتل نفسه إن قلنا: يجب الكفارة على قاتل النفس، فهو كشريك السيد فى عبده وإلا فهو كشريك الحربى.

فروع أربعة: الأول: إذا اتحد الجارح، واقترن بأحد الجرحين ما يدرأ القصاص، سقط القصاص، سواء رجع الخلل إلى وصف الفعل، كما لو كان أحدهما خطأ، أو لم يرجع، كما لو جرح حريباً أو مرتدّاً، ثم أسلم فجرحه ثانياً، أو قطع بالقصاص أو الحد قطعاً حقاً، ثم جرح؛ لأن الفاعل قد اتحد، وإذا اتحد المضاف إليه استوى ما يرجع إلى الصفة وإلى الإضافة.

الثاني: لو داوى المجروح نفسه بِسُمٍ مَذْفُوفٍ، فلا قصاص على الجراح. وإن كان يؤثر على الجملة ولا ينقذه فالجراح شريك النفس. وقيل: لا يجب القصاص قطعاً؛ لأنه شريك الخاطئ؛ إذ المداوى مخطئ، وكذلك إذ خاط المجروح جرحه في لحم حي، صار شريكاً، ويمكن أن يجعل مخطئاً.

ولا شك في أنه لو كان عليه قروح، أو به مرض، فلا يصير به شريكاً، وهل يجعل بمبادئ الجوع شريكاً إذا تمّ غيره جوعه إلى الموت؟ فيه تردد سبق؛ لأنه وإن كان معتاداً، فهو داخل تحت الاختيار.

الثالث: إذا توالى جمع على واحد، فضربه كل واحد سوطاً واحداً فمات، ففى وجوب القصاص ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يجب؛ لأن كل واحد خاطئ وشريك الخاطئ خاطئ، إذا أتى بما لا يقصد به القتل. والثاني: يجب؛ لأن المجموع قاتل، ولو فتح هذا الباب لصار ذلك ذريعة. والثالث: يجب إن صدر ذلك عن التواطؤ، وإلا فلا.

الرابع: إذا جرح أحدهما، فأنهشه الآخر حية، أو أغرى عليه سبعاً وجرحه: فالدية عليهما نصفان؛ لأن كثرة الجراحات لا تعتبر؛ فإن أغوارها لا تنضب، والحية والسبع كالآلة له.

ولو جرح ونهشته حية، فعليه نصف الدية، ولو نهشته حية وجرحه سبع، فعليه ثلث الدية؛ لأنه شريك حيوانين مختارين. وفيه وجه: أن عليه نصف الدية؛ نظراً إلى أصل الشراكة وإعراضاً عن عدد الحيوانات.

واختتام القول بفصل في تغير الحال بين الجرح والموت، على الجراح أو المجروح، وله أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن تطراً العصمة بأن جرح حريياً أو مرتدّاً أو عبداً نفسه، ثم طراً الإسلام والعق قبل الموت: لم يجب القصاص. وفي وجوب الضمان وجهان:

أحدهما: لا يجب؛ نظراً إلى ابتداء الفعل. والثاني: يجب؛ نظراً إلى حالة الزهوق. وقد نص الشافعي، رضي الله عنه، في إعتاق السيد العبد بعد الجرح أن لا ضمان. ونص في جارية مشتركة حامل بولد رقيق، ضرب أحدهما بطنها، ثم أعتق نصيبه فسرى، فأجهضت جنيناً ميتاً: أن على الجاني غرة كاملة. وهذا يناقض نصه الأول؛ فقيل: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج. وقيل: إنه إنما أوجب الغرة؛ لأن اتصال الجنانية بالولد إنما يعرف عند الولادة، وما قبل ذلك لا يعتبر وقد كان الولد حرّاً عند الولادة.

وإذا أوجبنا الدية في الحربي، فقليل: إنه مضروب على العاقلة؛ لأنه حصاً بالإضافة إلى حالة الإسلام.

الحالة الثانية: أن يطراً المهدر كما لو جرح مسلماً فارتد ومات: فليس عليه إلا أرش الجناية التي ثبتت في حالة الإسلام. وأما السراية فمهدرة.

ولو قطع يده فارتد ومات، قال الشافعي، رضى الله عنه: لوليه المسلم القصاص. وهذا تفرغ على أن من لا وارث له يجب القصاص على قاتله؛ لأن المرتد لا وارث له، ولكن إثباته للمسلم مشكل؛ فإن المسلم لا يرث حقوق المرتد عندن، بل حقوقه لبيت المال، ولكن لما ظهر مقصود التشفي كان الولي المسلم أولى بالاستيفاء من الإمام. وقيل: أراد الشافعي، رضى الله عنه، بالولي المسلم الإمام.

فروع: لو قطع يدي المسلم ورجليه، فارتد ومات: فلا تلزمه إلا دية واحدة؛ لأن موته كافراً لا يزيد على موته مسلماً. وقال الإصطخري: تجب ديتان؛ لأن لو أدرجنا لأهدرنا، فمسر الإدراج، بطرآن المهدر، كعسره بما لو حز غيره رقبته. ولهذا الإشكال ذكر وجه في سقوط أصل الأرش؛ لأن الجرح صار قتلاً، والقتل صار مهدرًا؛ فلا يبقى لنقتل والجرح عبرة.

الحالة الثالثة: لو ارتد بعد الجرح، ثم أسلم ومات، فالنص: سقوط القصاص. ونص في الذمي إذا جرح ذميًا والتحق للجروح بدار الحرب، ثم عقد له أمان ثاني ثم مات: أنه يجب القصاص؛ فقليل: قولان بالنقل والتخريج، ينظر في أحدهما إلى حالة الجرح والموت، وفي الثاني إلى الكل؛ لأن الجراحة تسرى في حالة الردة أيضًا، فهو كما لو جرح في حالة الردة، ثم في حالة الإسلام. وقيل: المسألة على حالين، فإن طال زمان الردة، فظهر أثر الردة: فلا قصاص، وإن قرب فلا أثر له.

وإن آل الأمر إلى الدية، فالنص: وجوب كمال الدية. وخرج ابن سريج قولاً: أنه يجب ثلثا الدية، ويهدر الثلث بهدر السراية في إحدى الأحوال الثلاثة. وقيل: يجب النصف؛ جمعًا لحالتي العصمة في مقابل حالة الإهدار.

الحالة الرابعة: أن يطراً ما يغير مقدار الدية، كما لو خرج ذميًا فأسلم، أو عبدًا فعتق ثم مات، فالنظر في المقدار إلى حالة الموت، فلو فقأ عيني عبد قيمته مائتان من الإبل، فعتق ومات: فعليه مائة من الإبل؛ لأنه بدل حر. وقال المزني، رحمه الله: يجب مائتان من الإبل لأنه يصرف إلى السيد.

ولو قطع إحدى يدي عبد، فعتق ومات: فعليه مائة من الإبل، وفي المصروف إلى السيد قولان:

أحدهما: أنه أقل الأمرين من كل الدية أو كل القيمة، والعبارة عنه: أن المصروف إليه أقل الأمرين مما التزمه الجاني آخرًا بالجناية على الملك أولاً أو مثل نسبته من القيمة؟. والقول الثاني: أنه أقل الأمرين من كل الدية أو نصف القيمة؛ فإن الجراحة في ملكه لم تنقص إلا النصف، فلم يمت في الرق حتى تعتبر كل القيمة، والعبارة عنه: أن الواجب، أقل الأمرين مما التزمه الجاني آخرًا بالجناية على الملك أولاً أو أرض جناية الملك دون السراية؟.

فعلى هذا لو قطع إحدى يديه فعتق، فجاء الآخر وقطع يده الأخرى، وجاء الثالث وقطع إحدى رجليه، ومات: فالواجب على جميعهم دية واحدة، وهى دية حر، على كل واحدٍ ثلث، ولا حق للسيد إلا فيما يوتخذ من الجاني فى حالة الرق، فله أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة، وهى مثل نسبته. وعلى القول الثانى: أقل الأمرين من ثلث الدية أو نصف القيمة؛ فإنه أرض الجناية.

المسألة بحالها: عاد الجاني الأول، فجرح في الحرية جراحة ثانية: فليس عليه إلا ثلث الدية؛ إذ لا يزيد الواجب بكثرة الجراحات، لكن الثلث وجب عليه بجراحتين، حصّة الواقع منهما فى الملك نصفه، وهو السدس فترعى النسبة بين هذا السدس وسدس القيمة على قول: وبين السدس ونصف القيمة على القول الآخر.

فلو أوضح رأسه فى الرق، فعتق، فجرحه غيره فمات، فعلى الجاني فى الملك: نصف الدية. وعلى الجراح: النصف الآخر، وللسيد أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة، وهو مثل نسبته على قول. وله أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف عُشر القيمة؛ فإنه يشبه أرض الموضحة من قيمة العبد.

فإن قيل: بدل الملك الدراهم، وبدل الحر الإبل، فيم يطالب السيد؟ قلنا: فيه وجهان:

أحدهما: ليس له إلا الإبل؛ لأن حقه فيما وجب على الجاني، وهو الواجب.

والثانى: أن الخيرة إلى الجاني، فإن سلم الدراهم لم يكن للسيد الامتناع؛ لأنه حقه. وإن سلم الإبل فكمثل؛ لأنه أدى واجبه. وعلى الجملة: إيجاب دية الحر، ثم صرفها إلى السيد بعيد، ولكن إيجاب مائتين من الإبل، كما ذكره المزنى رحمه الله، أبعد؛ لأن القليل حر، فكيف تزداد على دية الحر؟! والاقتصار على أرض الجناية، ولو كان درهماً، أبعد وهو مذهب أبى حنيفة، رحمه الله؛ لأنه إهدار للدم، ففى كل طريقٍ بعد، لكن طريق الشافعى، رضى الله عنه، أقرب؛ إذ نظر إلى قدر الواجب إلى الموت، وفى مصرفه التفت إلى حالة الجرح.

فرعان: الأول: لو رمى إلى حربى أو مرتد فأسلم، قبل الإصابة، ففى الضمان وجهان مرتبان على ما إذا جرح حربياً، فأسلم ثم مات، أو مرتد فهاننا أولى بوجوب الضمان؛ لأن الجرح سبب قديم فى حالة الإهدار، وتماثل الرمي بالإصابة، والإصابة جرت فى حالة العصمة. وفى المرتد أولى بالوجوب؛ لأن الرمي إليه عدوان.

ولو رمى إلى عبدٍ له، فأعتقه قبل الإصابة، فوجهان مرتبان فى المرتد، وأولى بالضمان؛ لأنه معصوم على الجملة.

ولو رمى إلى من عليه القصاص، ثم عفا قبل الإصابة، فوجهان مرتبان على العبد وأولى بأن لا يجب؛ لأن العبد مضمون عليه الكفارة.

ولو حفر بئراً، فتردى فيه مسلم كان مرتدّاً عند الحفر: وجب الضمان قطعاً؛ لأن الحفر ليس يتجه نحو المتردى فى عينه بخلاف الرمي فإنه متجه نحو المقصود.

الثانى: لو تخللت ردة المرمى إليه بين الرمي والإصابة، قيل: لا قصاص؛ لاتصال الإهدار ببعض أجزاء السبب.

ولو تخللت ردة الرامى المخطئ، ضربت الدية على الرامى لا على عاقلة المسلمين؛ لأن الأصل سقوط التحمل كما أن الأصل سقوط القصاص، وقد تخللت حالة مانعة. وذكر الشيخ أبو على، رحمه الله، فى التحمل قولين. وينقدح ذلك فى القصاص كما ذكرنا فى تخلل الردة بين الجرح والموت. وهذا تمام القول فى القصاص فى النفس.

النوع الثانى فى قصاص الطرف

وهو واجب بقطع الأطراف. والنظر فى: القطع، والقاطع، والمقطوع. أما القطع، والجرح: كل عمدٍ محض عدوان مبين بطريق المباشرة لا بالسراية. وقد ذكرنا اختلاف النص فى السراية إلى الأجسام واللطائف.

أما القاطع: فشرطه كونه مكلفاً ملتزماً كما فى النفس، ولا يراد فى الطرف التساوى فى البذل، بل تقطع، عندنا، يد الرجل بيد المرأة وبالعكس، ويد العبد بالعبد والحر. نعم، لا تقطع السليمة بالشلاء؛ لأن الشلاء ليست نصفاً من صاحبها، فالبذل يلتفت إليه عندنا معياراً نعرف به نسبة الطرف من النفس. ثم من قوبل كله بشخص قوبل نصفه بنصفه.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: التفاوت فى البذل يمنع القصاص. ثم التفاوت فى العدد عندنا لا يمنع كما فى النفس.

ولو قطع جماعة يمين رجلٍ على الاشتراك بحيث لم يفصل فِعْلُ بعضهم من بعض: قطعت أيمانهم به.

فأما المقطوع: فيعتبر فيه العصمة كما في النفس، وأن تكون الجناية معلومة القدر بحيث يمكن الاقتصار على مثله في القصاص؛ فإن الروح مستبقة فلا بد من الاحتياط.

ثم الجناية على ما دون النفس ثلاثة: جرح، وإبانة طرف، وإزالة منفعة.

أما الضرب واللطم فلا قصاص فيه، بل يُعزر صاحبه.

أما الجرح، فإن وقع على الرأس لم يجب القصاص فيه إلا في الموضحة، وهي التي توضح العظم، فأما ما بعدها من الهاشمة للعظم، أو المنقلة له، أو الآمة البالغة إلى أم الرأس، أو الدامغة الخارقة لخريطة الدماغ: فلا قصاص فيها؛ لأنها لا تنضبط.

وما قبل الموضحة، كالحارصة التي تشق الجلد، والدامية التي تسيل الدم منها فلا قصاص فيهما.

وأما الباضعة التي تبضع اللحم، أي تقطعه، والمتلاحمة التي تغوص في اللحم غوصاً بالغاً ولا ينتهي إلى العظم، ففيهما قولان:

أحدهما: النفي؛ فإن العظم مرد، فإذا لم ينته إليه لم يمكن الضبط. والثاني: يجب، ويمكن ضبط مقداره بالنسبة، فإن قطع نصف اللحم إلى العظم فيقطع من رأسه النصف. وإذا كان أحدهما في سمك شعيرة والآخر في سمك شعيرتين، فلا نبالي به وإنما نرعى النسبة.

والموضحة إذا وقعت على الوجه فانتهي إلى عظم الجبهة أو الخد أو قصبية الأنف: فهو كموضحة الرأس. ولو وقع على سائر البدن، كما لو انتهى إلى عظم الصدر مثلاً: فلا يلحق بموضحة الرأس. والوجه، في تقدير الأرض بنصف عشر الدية، ولكن في القصاص وجهان: قالت المرازقة: لا يلحق به كما في الدية. وقال العراقيون: يلحق به؛ لأنه مضبوط في نفسه. وأما التقدير فلا يكفي الضبط فيه مع اختلاف الموضع.

فرع: لو قطع بعض المارن أو الأذن ولم يمين، ففي القصاص فيه قولان مرتبان على المتلاحمة، وأولى بالوجوب؛ لأن الضبط فيه أيسر؛ إذ الهواء به محيط من الجانبين. ولو قطع نصف كوعه فقولان مرتبان، وأولى بأن لا يجب؛ لأن الكوع يجمع الأعصاب والعروق، وهي تختلف في ارتفاعها وانخفاضها.

وأما الأطراف، فيجب القصاص في قطع مفاصلها، وكذا في مفصل المنكب والفخذ إن أمكن قطعه بغير إجافة. وإن استأصل الجاني الفخذ وأجافه وأمكن تحصيل مثله،

فالظاهر: أنه يمنع الإحافة، وقيل: يجوز؛ لأن هذه الجائفة تابعة لا مقصودة. وكل حرم يبقى دلالة القطع فهو كالمفصل، كما لو قطع فلقاً من المارن أو الأذن والأنثيين والذكر والأحفان والشفتين والشفرين؛ لأنه مقدر محدود.

ولا يجب القصاص في فلقه من الفخذ؛ لأن سمكه لا ينضبط. وفي العجز وجهان؛ لتردده بين الفخذ والذكر؛ لأنه بين التتو والانبساط. وأما كسر العظام فلا قصاص فيه. ولو كسر عضده قطع من المرفق وأخذ حكومة العضد، وكذلك لو هشم رأسه بعد إيضاح: أوضح، وضمن أرش الباقي، ولو قطع من الكوع لعجزه من العضد مقتصرًا عليه، ففي تجويزه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن المرفق مقدور عليه وهو أقرب إلى محل القطع، فهو كما لو طلب أرش الساعد مع قطع الكوع، فإنه لا يجاب، وكما لو قطع من المرفق فنزل إلى الكوع مع القدرة على المرفق فإنه لا يجاب.

والثاني: أنه يجاب؛ لأن محل الجناية معجوز عنه وفي النزول إلى الكوع مسامحة.

ولا خلاف أنه لو نزل إلى لقط الأصابع، لم يجز؛ لأن فيه تعذيب محل الجراحة. ثم إذا أسقطنا حكومة، الساعد، ففي حكومة بقية العضد تردد؛ لأن ذلك معجوز عنه بخلاف الساعد.

فأما المعاني والمنافع فلا يمكن تناولها بالمباشرة، ولكن بالسراية. وقد نص الشافعي، رضي الله عنه، أنه لو أوضح رأسه فأذهب ضوء عينيه أوضحنا رأسه، فإن لم يذهب ضوءه أزلنا الضوء مع إبقاء الحدقة بطريق ممكن. وهذا إيجاب قصاص بالسراية^(١). ونص في أجسام الأطراف أنها لا تضمن بالسراية؛ فقل: قولان، بالنقل والتخريج كما سبق. فإن قلنا: يضمن اللطائف بالسراية، ففي العقل والبطش تردد؛ لبعدهما عن تناول بالسراية. أما السمع فهو في معنى البصر.

فروع: إذا قلنا: لا تضمن الأجسام بالسراية، فلو جاء المقطوع يده، وقطع أصبعًا من الجاني، فتاكل الباقي، ففي تأدي القصاص به قولان:

أحدهما: لا؛ لأن السراية فيه لا توجب القصاص، فلا يتأدى به القصاص. بخلاف ما

(١) ملحوظة: حتى لا أقطع على القارئ دراسة هذا المصنف: كل ما أحمله بين المعكوفتين فهو زيادة من أصل آخر غير الذي ننسخ منه بطريق الأصالة وذلك بالمقابلة مع ط. دار السلام، هذا حتى لا نشغل القارئ عن موضوع المصنف بأرقام على المتن وتعليقات في الهوامش بعيدة عن صلب موضوع المصنف وقد أشرت إلى هذا في المقدمة وبالله التوفيق.

إذا قطع يده، فقطع يد الجاني فسرنا إلى الروحين، فإنه يقطع قصاصاً؛ لأن السراية في الروح كالمباشرة، وكذا الخلاف فيما لو ضرب من عليه القصاص بسوط أو جرحه خطأ فمات؛ لأن الروح تضمن بالقصاص ولكن لا بهذا الطريق.

والأقيس: أن يتأدى به القصاص؛ لأن الحق متعين وقد استوفاه، وكذلك المجنون إذا قتل من يستحق عليه القصاص.

ولو أوضح رأسه فتمعط شعره وزال ضوء عينيه، فأوضحنا رأسه فتمعط شعره وزال ضوء عينيه: ففى وقوع الشعر قصاصاً، خلاف مرتب وأولى بأن لا يقع؛ لأن نفس الشعر لا يضمن بالقصاص بخلاف نفس الأطراف. ووجه وقوعه قصاصاً: التبعية والالتفات إلى أن فساد المنبت من جملة زوال اللطائف؛ إذ معناه زوال القوة المنبتة وجرم الشعر فيه تابع.

ولا خلاف في أنه لو باشر تمعيط شعره فقابله بمثله لم يقع قصاصاً، بل كل واحدٍ منهما جنابة توجب الحكومة والتعزير.

الفصل الثاني: في المماثلة

والتفاوت في ثلاثة أمور:

الأول: تفاوت في المحل والقدر. ومثال المحل أن اليمنى لا تقطع باليسرى، ولا السبابة بالوسطى، ولا أصبع زائدة يمثلها عند اختلاف المنبت. وأما القدر فتفاوته لا يؤثر في الأعضاء الأصلية إذ تقطع يد الصغير بالكبير، وييد الصغير يد الكبير عند المساواة في الاسم: إبهام وإبهام، وفي الأصبع الزائدة يمنع القصاص إذا وجب تفاوت الحكومة لتفاوت النسبة، وعند تساوى الحكومة وجهان؛ لأنه ليس له اسم أصلى حتى يكفى بالاسم. وأما الموضحة، فالتفاوت فيه في العرض معتبر؛ إذ لا يقع فيها بموضحة ضيقة في مقابلة الواسعة. وتفاوت الغوص في سملك اللحم لا يؤثر؛ لأن مرد الاسم هو العظم.

فروع ثلاثة: الأول: لو أوضح ناصيته لم نوضح قذاله^(١)، بل راعينا المحل. ولو كان رأس الشاج أصغر استوعبنا عند استيفائه الرأس الكبير ولم نكمل بالقفا والجبهة؛ لتفاوت الاسم والمحل، بل نضم إليه أرشاً بخلاف اليد الصغيرة، فإنها تكفى في مقابلة الكبيرة؛ لأن ما وقع من النقصان بين اليدين لم يثبت له اسم اليد والتفاوت هاهنا مقدار

(١) القَذَالُ: جماع مؤخر الرأس من الإنسان والفرس فوق القفا. والقذالان: ما اكتنفا انقما عن اليمين وعن الشمال. جمع [قَذَل]. انظر: المعجم الوسيط (٧٢٢/٢).

يثبت له اسم الموضحة وديتها لو أفرد، فلم يمكن أن يجعل تابعاً.

ولو استوعب ناصيته، ورأس الشاج أصغر، استوعبنا ناصيته وكملنا من باقى الرأس؛ لأن اسم الرأس شامل. وقال القاضى: اختلاف أسامى جوانب الرأس: كاختلاف ما بين الرأس وغيره؛ فلا يتعدى الناصية، ويضم إليه الأرض.

فإن فرعنا على الظاهر، فالخيرة فى تعيين الجانب الذى به التكميل إلى الجانى على وجه، وإلى المحنى عليه على وجه، وفى الثالث: يبتدئ من حيث ابتدأ الجانى ويذهب فى صوبه إلى الاستكمال.

الثانى: لو استحق قدر أثلة من الموضحة فزاد فى القصاص: غرم أرشاً، وفى مقداره وجهان:

أحدهما: أنه قسط بحصة أرض واحد إذا وزع على الجميع؛ لأن الموضحة واحدة.

والثانى: أنه يجب أرش كامل؛ لأن هذا القدر جناية، والباقى حق منفرد بحكمه كما لو كان الأول خطأ واستمر على البقية عمداً، فيجب قصاص العمد ويفرد حكمه؛ لاختلاف الحال. ويقرب منه الخلاف فيما إذا أراد الاقتصار على بعض حقه، منهم من جوز كما فى الأصبعين. ومنهم من منع؛ لاتحاد الاسم.

الثالث: لو اشتركوا فى الإيضاح احتمل أن يوضح من رأس كل شريك بقدره، ويحتمل أن يوزع؛ لقبوله التوزيع. ثم يتصدى النظر فى تعيين المحل.

التفاوت الثانى: فى الصفات

وفيه مسائل: الأولى: أن التفاوت فى الضعف والمرض لا يمنع، بل يُقطع ذكّر القوى بذكر العنين والصبى، وأنف الصحيح بأنف الأحمذ إلا إذا بطلت حياته وأخذ فى التفقت.

وتقطع أذن السميع بأذن الأصم، والأنف الصحيح بأنف الأخرس؛ لأن المرض فى محل السمع والشم، لا فى محل الأذن والأنف. ولا تقطع يد الصحيح بالشلل، ولا الذكر الصحيح بالأشل. وشلل الذكر أن لا يتغير فى الحر والبرد بالتقلص والاسترسال. وذكر العنين لا شلل فيه، وإنما الخلل فى موضع آخر وهو فى الدماغ أو القلب. وشلل اليد: فى بطلان البطش.

ولا يشترط سقوط الحس على المذهب الظاهر، فإن قنع صاحب الصحيحة باليد الشلاء أجيب إليه ولم يمكن له أرض كما لو رضى المشتري بالمعيب فى الشراء؛ لأن البطش وصف لا يقبل الانفصال.

وتقطع الشلاء بالشلاء إذا تساويا في الحكومة. وضعيف البطش كقويه إلا إذا كان بجناية، فإن الجناية تعتبر في الشركة ولا تعتبر في المرض. وأما الحدقة العمياء ولسان الأبيكم فهي كاليد الشلاء.

الثانية: تقطع الأذن الصحيحة بالأذن المثقوبة إذا لم يورث الثقب شيئاً كأذان النساء. والمخرومة التي قطع بعضها لا يستوفى بها كاملة، ولكن تستوفى بمثلها إن أجرينا القصاص في بعض الأطراف. ولا تكفى بالمخرومة في مقابلة الكاملة إلا بضم الأرض إليه.

وإن كان الحرم من غير إبانة، قال العراقيون: امتنع القصاص؛ لأن الجمال هو المقصود الأظهر في الأذن، بخلاف ما إذا كانت أظفار المجنى عليه متفرعة أو مخضرة، إذ تقطع به اليد السليمة؛ لظهور منفعة البطش في اليد. ولو كانت الأظفار مقلوعة، قالوا: لا يستوفى بها الكاملة. والكل فيه نظر؛ إذ يلزم أن ينقص قدر من دية الإصبع لفقد الظفر، ولا قائل به.

ولو قطع أذنه، فردّه إلى المقطع في حرارة الدم فالتصق، فلا أثر لهذا الالتصاق، والقصاص واجب، ويجب قلعه إن قلنا: إن ما يبان من الآدمي نجس وإلا فيعفى عنه. ويحتمل النظر إلى الدم الذي انكم في الالتصاق؛ لأن السائر جماد فلا يوجب الاستبطان.

فإذا قلنا: يجب إزالته، فلا قصاص على مقتله. وهكذا إن قلنا: لا يجب، إلا إذا سرى إلى الروح فيجب قصاص النفس.

الثالثة: لا تقلع سن البالغ بسن صبي لم يثغر؛ لأن القصاص في إفساد المنبت فلا يفسد من الصبي. فلو فسد المنبت ولم تعد سن الصبي، ففي القصاص قولان، وجه قولنا: لا يجب، أن سنه فضلة زائدة فلا يمكن أن يقلع به سن أصلي.

فإن كان فساد المنبت مشتركاً والبالغ لو عاد سنه، على ندور، ففي سقوط القصاص عن قاله قولان، ووجه قولنا: لا يسقط، التشبيه بما لو التحمت الموضحة، فإنها نعمة جديدة لا تسقط القصاص.

ولو قطع جزءاً من طول لسانه فعاد، فهو كعود السن أو التحام الموضحة؟ وجهان. فإن حكمنا بسقوط القصاص، فقائده: استرداد الدية إن كان قد أخذها أو إيجاب دية سن الجناني وإن كان قد قلع، وليس من فائده تأخير استيفاء القصاص؛ لأن الظاهر عدم العود كما أن الظاهر في الصبي العود.

فإن بادر المجنى عليه واستوفى، ثم عاد سِنَّه: لم يقلع قصاصاً باستيفائه؛ إذ حاز له الاستيفاء، لكن يغرم له الدية، ويبقى له حكومة سنه.

ولو عاد سن الجاني وقتلنا: عوده مؤثر، ففى قلعه ثانياً وثالثاً إلى إفساد المنبت وجهان.

التفاوت الثالث فى العدد

فإن كانت يد الجاني ناقصة بأصبع قطع وطولب بالأرث. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يفتن به كما فى النفس.

فإن كان النقصان فى يد المجنى عليه لم يكن له قطع الكف، لكن لقط الأصابع الأربع وطلب حكومة الباقي كما فى كسر العضد.

فروع أربعة: الأول: لو كان على يد الجاني أصبعان شلوان، فلو قطع يده فلا أرث للشلل. وإن لقط الأصابع الثلاث فله دية أصبعين. وأما حكومة الكف فالحكم الذى يقابل الأصابع المقطوعة فيه وجهان: يعبر عنهما بأن الحكومة، هل تدرج تحت قصاص الأصابع كما تدرج تحت ديتها؟ وهل يقابل الأصبعين؟ فيه وجهان، يعبر عنهما بأن بعض الأصبع: هل تنزل منزلة الكل فى استتباع الحكومة؟. وأما الأصبع الشلاء فلا تدرج حكومة الكف تحت حكومتها فى الظاهر.

الثانى: إذا كان على يد الجاني ستة أصابع متساوية ليس فيها زيادة، فسمحنى عليه أن يقطع خمسة من أى جانب شاء، وله مع ذلك سدس دية اليد؛ لأن اليد انقسمت ستة أقسام وقد استوفى فى خمسة أسداسها إلا أنه خمسة أسداس فى صورة خمس كواامل فنحط من أجل الصورة من السدس شيئاً بالاجتهاد.

أما إذا كانت فيها زيادة، وزعم أهل الصنعة أن القوة لم تنقسم بالأجزاء المتساوية؛ لأن الزائد ملتبس، فليس له القصاص؛ لأنه ربما يستوفى الزائدة بأصلية، فلا سبيل إليه.

فلو بادر فقطع خمسة، فهو تمام حقه، ولا يلتفت إلى قوله: لعل الزائد فى المستوفى فقد نقص حقى؛ لأنه تعدى بالمخالفة.

الثالث: أصبع تشتمل على أربع أنامل تنقسم القوة لها على التساوى من غير تعيين زيادة، فإذا قطع هذا من المعتدل أثملة: قطعنا أثمته وألزمناه من الأرث ما بين الربع والثلث.

وإن قطع أثمليين قطعنا أثملييه وألزمناه ما بين النصف والثلثين. فإن قطع الأصبع قطعنا أصبعه؛ فإن أربعة أرباع تساوى ثلاثة أثلاث. هذا إذا لم يزد فى الطول، فإن زاد فى

طوله فالحكم ما مضى، ولكن يرعى تفاوت الصورة هاهنا كما فى الأصابع الستة. ولو قطع من هذه الأنامل واحدة، فلا تقطع أتملة معتدلة؛ لأنها ثلث فلا تقابل بالربع، وإن قطع أتملتين قطعنا واحدة وطلبناه بالتفاوت بين النصف والثلث. وأتملتان متساويتان على رأس أصبع، ويدان على ساعد، وقدمان على كعب: كالأصابع الستة.

الرابع: مقطوع الأتملة العليا إذا قطع صحيح الأتملة الوسطى منه فلا يمكن استيفاء الوسطى، ولكن لو سقطت العليا بأفة أو جناية جان فقدرنا على الوسطى فنقطعها، وإلى أن يتفق ذلك، فهل يطالب بالأرض للحيلولة؛ نصر الشافعى، رضى الله عنه، أن ولّى المجنون يطالب بالأرض إذا ثبت للمجنون قصاص ويكون ذلك للحيلولة، ونصر فى الصبى «أنه لا يطالب؛ لأن له أمداً منتظراً» فخرج إلى المجنون وجهه من الصبى وإلى الصبى وجهه من المجنون.

وأما الحامل فهي أولى بأن لا يطالب؛ لأن أمد وضع الحمل قريب، فتوقع سقوط العليا فى مسألتنا، بأفة أو جناية جان، كتوقع الإفاقة من الجنون. ولو كانت عليها مستحقة بالقصاص، فتوقع استيفائه كتوقع وضع الحمل. ومهما قلنا: إنه ليس له أرض الحيلولة، فلو أخذ كان إقدامه على أخذ الأرض عفواً عن القصاص.

فروع تتعلق بالنزاع

الأول: إذا جنى على ملفوف فى ثوب، وادعى كونه ميتاً، وأنكره ولّى الملفوف، فقولان:

أحدهما: القول قول الجانى؛ إذ الأصل براءة الذمة. والثانى: القول قول الولي؛ إذ الأصل استمرار الحياة.

ولو قطع يده ثم قال: لم يكن له أصبع، فقيه طرق، وحاصل المذهب أربعة أقوال: أحدها: أن القول قوله؛ لأن الأصل عدم القصاص. والثانى: قول المجنى عليه؛ إذ الأصل السلامة. والثالث: إن كان العضو باطلاً فقول المجنى عليه، إذ يعسر عليه إقامة البينة. والباطن ما يجب ستره شرعاً على رأى، أو ما يستر مروءة على رأى. والرابع: أنه إن ادعى عدم الأصبع فى الأصل، فالقول^(١) قوله. وإن ادعى سقوطه فالقول قول

(١) الفاء زيادة من أصل آخر.

المجننى عليه.

الثانى: إذا قطع يدى رجلٍ ورجليه فمات، وبعد موته ادعى الولى أنه مات بعد اندماله وعليك ديتان، فأنكر: فيصدق من يصدقه الظاهر، ويعرف ذلك بقرب الزمان وبعده.

وإن تساويا فى إمكان الصديق فهو قريب من تقابل الأصلين؛ إذ يمكن أن يقال: الأصل براءة الذمة، والأصل التعدد عند تعدد الجناية، والسراية مشكوك فيها. ولو ادعى الوارث أنه مات بسبب هساجم، فمطالبته بالبينة هاهنا أولى؛ لأن إثبات ذلك أيسر، والأصل عدم طرآن السبب.

ولو انعكس الخلاف فطلب القصاص فى النفس، فالقول قول الجانى؛ لأن قصاص النفس يتوقف على السراية، وهو مشكوك فيه ويسقط بالشبهة إلا إذا كان الظاهر خلاف ما يقوله فإننا لا نصدقه.

فلو أقام من لم نصدقه فى السراية، بينة على أنه لم يزل ضمناً نحيفاً إلى الموت، فهذا لا يفيد نفى سببٍ آخر، لكن يجعل الظاهر لجانب السراية.

الثالث: إذا شج رأس إنسان موضحتين، فرأينا الحاجز مرتفعاً، وقال الجانى: أنا رفعته وعلىّ أرش واحد لاتحاد الموضحات، وقال المجنى عليه: أنت رفعته ولكن بعد الاندمال؛ فعليك ثلاثة أروش: فينظر فى دعوى الاندمال إلى ما سبق. فإن حلف المجنى عليه على الاندمال، حيث يصدق، ثبت على الجانى أرشان، وفى الثالث وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه مقرر بالثالث، والاندمال ثبت يمينه. والثانى: لا؛ لأن يمين الاندمال تصلح لنفى التداخل ولا تصلح لإثبات الثالث عليه، وهو لم يقر بثالثٍ مرجح، بل برفع حاجز لا يوجب. وقد تم النظر فى موجب القصاص.

الفن الثانى: فى حكم القصاص الواجب فى الاستيفاء والعفو

وفيه بابان:

الباب الأول: فى الاستيفاء

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فىمن له ولاية الاستيفاء

وفيه مسائل: الأولى: إذا كان القاتل واحداً والورثة جماعة: فالقصاص موزع على فرائض الله تعالى حتى يثبت للزوجين والصغير والمجنون.

ثم إن كان فيهم صغير أو مجنون لم يستوف القصاص إلى البلوغ والإفاقة خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

وقد نص الشافعي، رضي الله عنه، على أن ولي المجنون يطالب بمال؛ لأنه لا أمد له. وولي الصبي لا يطالب بالمال، وقد ذكرنا تصرف الأصحاب قبل هذا في كتاب «اللقيط» أما إذا كانوا مكلفين فلا يجوز الاستيفاء إلا بالتوافق. فإن تراضوا أقرع بينهم، فمن خرجت القرعة له فمنعه غيره من أصل الاستيفاء امتنع. ويدخل في القرعة المرأة والعاجز على أحد الوجهين، ويستتيب إن خرجت قرعته.

فروع: لو بادر واحد دون رضا الآخرين، ففى وجوب القصاص قولان:

أحدهما: يجب؛ إذ ليس له ذلك، وحقه ليس بكامل في الجميع، فهو كما لو شارك غيره. والثاني: لا؛ لأن البعض مهدر في حقه، فصار كما جرح جراحتين إحداهما في حالة الإهدار؛ ولأن علماء المدينة ذهبوا إلى إباحة الاستبداد لكل وارث، والخلاف في إباحة السبب شبهة. ولهذه العلة، لو جرى بعد عفو الآخرين سقط القصاص أيضاً. وإن لم يكن عالماً بالعفو فسقوط القصاص أولى.

فإن قلنا: لا يجب القصاص، فالذى لم يرض يرجع بحصته على المبادر في قول، وكأنه استوفى الكل واحتبسه عنده، ويرجع على تركة القتيل في قول كما لو قتله أجنبي.

وإن قلنا: يجب القصاص، فلو بادر ولي القتيل القاتل، فقتل المبادر، بقى دية القتيل المظلوم متعلقة بركة القتيل القاتل، نصفها لورثة المبادر، ونصفها للذى لم يأذن.

فإن عفا ولي القتيل القاتل على مال، فذلك المال تركة القتيل القاتل فيؤدى منه حق الذى لم يأذن فيجعل حق المبادر قصاصاً بمثله إن تماثلا.

[المسألة الثانية: إذا قتل الواحد جماعة قتل بأولهم وللباقين الديات. وإن قتلهم معاً قُتل بمن خرجت له القرعة، واكتفى أبو حنيفة، رحمه الله، به عن جميعهم.

واختلف أصحابنا في العبد إذا قتل جماعة، فقتل: يقتل بجميعهم؛ لأن حق الآخرين ضائع.

وفى القاتل في قطع الطريق لجماعة فإنه لم يرع فيه الكفاءة وسلك به مسلك الحد على قول اكتفى به عن الجماعة. وكذلك اختلفوا في أولياء القتلى إذا تماثلوا عليه على ثلاثة أوجه:

الصحيح: أنه يُقسط عليهم، ويرجع كل واحدٍ إلى حصته من الدية.

والثاني: أنه يقرع بينهم ويصرف إلى من خرجت القرعة له. والثالث: أنه يكفى عن جميعهم كمنذهب أبى حنيفة، رحمه الله.

هذا إذا حضر الكل، فإن كان بعضهم غائباً أو مجنوناً، ففى رواية الربيع: يؤخر إلى إمكان القرعة. وفى رواية حرملة: يستوفى الحاضر والعاقل، ويكون الحضور مرجحاً كالقرعة.

فروع: لو اجتمع مستحق النفس والطرف: قدم مستحق الطرف. إن اجتمع مستحق اليمين ومستحق الأصبع من اليمين: أقرع بينهما؛ لأن قطع الأصبع ينقص اليمين بخلاف قطع الطرف فإنه لا ينقص النفس.

المسألة الثالثة: فى المستوفى: وليس للولى الاستقلال دون الرفع إلى السلطان. فإن استوفى وقع الموقع وعززه الإمام؛ لأن أمر الدماء خطير.

فإذا رفع إلى السلطان وجب عليه أن يأذن له فى القتل، ولا يأذن فى استيفاء حد القذف؛ لأن تفاوت الضربات عظيم، وهو حريص على المبالغة. وهل يفوض إليه القطع؟ فعلى وجهين، وجه المنع، مع كونه مقدراً، ما يفرض من ترديد الحديد التى يعظم غورها.

ثم ينبغى أن يستوفى القصاص بأحد سيفٍ وأسرع ضربة. فإن ضرب الولى ضربةً فأصاب غير الموضع المقصود، فإن تعمد عزز ولم يعزل، وإن أخطأ ودل على تخوفه وعجزه أمرناه بالاستنابة؛ إذ لا يؤمن خطؤه ثانياً. ومن أصحابنا من عكس هذا الترتيب، وهو ضعيف.

فروع ثلاثة: الأول: لو قتله الولى بسيفٍ مسموم يفتته قبل الدفن، لم يمكن. وإن كان يُفتت بعد الدفن فوجهان.

الثانى: لو قطع الجانى طرف نفسه بإذن المستحق، ففى وقوعه عنه وجهان؛ لاتحاد القاص، والمقتص.

الثالث: نص على أن أجرة الجلاد فى القصاص على المقتص منه، وفى الحد على بيت المال، فقيل: قولان، متشبههما: أنه يخرج عن العهدة بالتمكين أو التمييز والتسليم؛ وهو قريب من التردد فى أن مؤنة جذاذ الثمار على البائع أو المشتري؟ وقيل بتقرير النصين؛ لأن الحد يجوز ستر موجبته والهرب منه، فيكفى فيه التمكين.

والأولى أن يكون للجلاد رزق من بيت المال إن اتسع.

وينبغى أن يحضر الإمام، محل الاقتصاص، عدلين خبيرين بمجارى الأحوال يبحثان عن الحديد، أمسمومة أم لا؟ ويراقبان حقيقة الحال.

الفصل الثاني: في أن حق القصاص على الفور

فلا يؤخر باللياذ إلى الحرم إلى وقت الخروج، بل يقتل في الحرم عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

ولو لاذ بالمسجد يُخرج ويُقتل. وقيل: يُقتل في المسجد وتبسط الأنطاع حذراً عن التأخير. ولو قطع طرفه فمات، فللولي قطع طرفه وحز رقبتة عقيبته؛ لأنه «استحق الروح على الفور». وكذا لو قطع في الشتاء فلمستوفي القصاص في حرارة القيظ كما له القصاص في حالة المرض وإن كان مخطراً.

ولو قطع يديه فاندمل، فقطع رجليه: فللمقطوع أن يجمع بين قطع يديه ورجليه ولاءً وإن كان فيه مزيد خطر؛ لأن الحق على الفور. وفيه أوجه: أنه يمنع.

وفي الجملة لا يؤخر حق القصاص إلا بعذر الحمل إلى وضع الولد وارتضاعه الباء^(١) إن كان لا يعيش دونه. فإن لم نجد مرضعةً فإلى الفطام. وإن وجدناها، ولم ترغب، قتلنا هذه وألزمنا المرضعة الإرضاع بالأجرة وقدرناه صبيّاً ضائعاً.

وأما الحد فيؤخر عن الفطام أيضاً إلى أن يكفل الولد غيرها؛ لقصة الغامدية؛ فإن الحد على المساهلة، ولذلك تحبس الحامل في القصاص، ولم يحبس رسول الله ﷺ الغامدية^(٢). ولا يتبع الهارب لأجل الحد. وللوالى حبس القتاتل إن كان ولي المقتول غائباً، ولا يحبس في ديون الغائبين؛ لأن في القتل عدواناً على حق الله تعالى.

فروع ثلاثة: الأول: لو ادعت الحمل، ففي وجوب التأخير بمجرد دعواها وجهان:

أحد الوجهين: يجب؛ لأنها أعرف به. وعلى هذا، لا يمكن استيفاء القصاص من المنكوحة يخالطها زوجها.

والثاني: أنا لا ننكف إلا بمخايل الحمل، ولا مبالاة بتطفئة تعرض عقب الوطء إذا لم تنسلك الحياة فيها.

(١) هو ما يحلب أول الولادة.

(٢) الحديث في صحيح مسلم فيه: «ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد. فقالت: يا رسول الله! طهرني. فقال: ويحك! ارجعي فاستغفري الله وتوبى إليه» فقالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك. قال: [وما ذاك؟] قالت: إنها جلى من الزنى. فقال: [أنت؟] قالت: نعم. فقال لها: [حتى تضعي ما في بطنك]. قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت. قال: فأنتي النبي ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية. فقال: [إذا لا ترجعها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرصعه] فقام رجل من الأنصار فقال: [إلى رضاعه يا نبي الله!] قال: [فرجها] أخرجته مسلم (١٦٩٥)، وانظر: فتح الباري (١٢/١٤٦)، والسنن الكبرى (٨٤/٦).

الثاني: لو يادر الولي وقتل الحامل بغير إذن الإمام، فأجهضت جنيناً ميتاً عزّره. وغرة الجنين على عاقلته؛ لأن موت الجنين بهذا السبب لا يتيقن، بل يحتمل عدم الحياة عند الجناية. وإن قتل بإذن السلطان، وهما علانان، ففي الغرة ثلاثة أوجه:

الأصح: أنه على عاقلته الولي؛ لأنه مباشر. والثاني: يحال على الإمام؛ لتقصيره بالتسليط. والثالث: أنه عليهما جميعاً بالتشطير.

وإن كانا جاهلين فخلافاً مرتب، والحوالة على الولي أولى؛ إذ لم يبق لجانِب الإمام وجه إلا تقصيره في البحث. فإن كان الإمام جاهلاً والولي عالماً، فليقطع بالحوالة على الولي؛ لاجتماع العلم والمباشرة، وفيه وجه.

وإن كان الإمام عالماً والولي جاهلاً، فجانِب الإمام قد يقوى بالعلم فيتأكد النظر إليه. وحيث أحلنا على الإمام فهو على عاقلته أو في بيت المال؟ فيه قولان يجريان في كل خطأ وقع للإمام. وإن كان عالماً فلا يجب على بيت المال.

هذا في الولي أما الجلاّد فلا عهدة عليه عند جهله اتفاقاً؛ لأنه كالآلة، فكيف يتقصد العهدة؟. وإن كان عالماً، وقدر على الامتناع، فهو كالولي. وإن خاف سطوة السلطان، فقد ذكرنا أن أمر السلطان إكراه أم لا؟.

الثالث: لو قطع يديه ورجليه، فعفا عن القصاص وطلب شيئاً من الدية، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه تعجل له ديتان، فإن تداخل بالسراية استردت واحدة وكان التداخل عارض مغير للسبب بعد تمامه. والثاني: أنه تسلم إليه دية واحدة؛ لأنه المستيقن، وسبب الباقي يتم بالاندمال. والثالث: أنه لا يسلم شيء؛ إذ يتصور أن يجرحه مائة وألف، فترجع حصته إلى جزء من الألف فلا يستيقن مقدار، وقد نص الشافعي، رضي الله تعالى عنه، في السيد، إذا جنى على مكاتبه، أنه يعجل. فقليل بطرد الخلاف تخريجاً. وقيل: الفرق التشوف إلى العتق.

ثم هؤلاء اختلفوا في اختصاص التعجيل بالنجم الأخير، فقليل لا يختص؛ لأن الأول أيضاً يقرب من العتق.

الفصل الثالث: في كيفية المماثلة

وهي مرعية عندنا في قصاص النفس خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. ومعناه: أن من قطع وقتل قطع وقتل، ومن عرّق أو حرق أو رجم بالحجارة فُعلَ به مثله إلا إذا قتل باللواط أو إيجار الخمر؛ فإن مثله فاحشة فيعدل إلى السيف. وقيل: يعدل إلى إيجار الخل

وإلى استعمال خشبة^(١). ومهما عدل المستحق، من غير سيف، إلى السيف: يُمكن؛ لأنه أَوْحى وأسهل.

فروع: الأول: لو أحرقه بالنار، فألقيناه فى مثلها فلم يمت فى تلك المدة، فيترك فيها أو يعدل إلى السيف؟ فيه وجهان:

أحدهما: إلى السيف؛ لأنه أَوْحى^(٢) وأسهل. والثانى: النار؛ كيلا نوالى بين نوعى العذاب عليه ولتأخذ النار مقتله كما أخذ من المجنى عليه.

ولو كان ربة القاتل غليظة لا تنحز إلا بضربات فلا نبالى بهذا التفاوت للضرورة.

فإن قلنا: لا يعدل إلى السيف، لاتحاد جنس العذاب، فيجرى هذا فى التجويع فى مثل تلك المدة. وهل يجرى فى نوالى الضربات بالحجارة والسياط؟ فيه تردد؛ لأن كل ضربة كالمنقطة عما قبلها، ولا يبعد التسوية؛ فيقال: ضربه إلى الموت فنضربه إلى الموت.

ولو قطع طرفه، فقطعنا طرفه فلم يمت: فلا يجوز أن تقطع بقية الأطراف؛ فإن هذا اختلاف محل معتبر. ولو قتله بجائفة فلم يمت بجائفة، فهل نوالى بالجوائف عليه؟ فيه خلاف؛ فإن الجوائف تنحو نحو خوف واحد، والأظهر: أنه كقطع الأطراف. ومهما قطعنا طرفه فلم يمت فالحيرة فى حز رقبته إلى المستحق: إن شاء آخر وإن شاء عَجَّل.

الثانى: لو قطع يده من الكوع، فجاء آخر وقطع يده من المرفق فمات منهما: قطعنا الكوع من قاطع الكوع، وفى قطع المرفق من قاطع المرفق وجهان: وجه المنع: أنه قطع ساعداً بلا كف، فكيف نقطع الساعد مع الكف؟

ووجه التجويز: أن النفس مستوفاة فلا نظر إلى تفاوت الأطراف.

الثالث: إذا مات بسراية القطع، فقطعنا يد الجانى فمات: وقع قصاصاً. ولو مات الجانى أولاً ففى وقوعه قصاصاً وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن شرط القصاص أن تكون روح المجنى عليه زاهقة قبل موت الجانى. والثانى: نعم؛ لأن المقصود المقابلة وقد حصل.

الرابع: إذا استحق القصاص فى اليمين، فأخرج الجانى يساره فقطعه المستحق،

(١) قوله: «أو استعمال» خشبة أى قصاصاً من اللات، وهو ما كان يسمى بالخازوق. وفى المعجم الوسيط [الخازوق] عمود مذهب الرأس؛ كانوا يجلسون عليه المذنب فى الأزمان الغابرة، فيدحل من دبره ويخرج من أعلاه (٢٣٢/١).

(٢) أرحى هنا بمعنى أسرع.

فللجاني ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن يقصد بإخراج اليسار إباحته؛ فيسقط قصاص اليسار؛ لأن الإخراج، مع نية الإباحة، كافية في الإهدار. ولو قصد قطع يده فسكت ولم يخرجها، فهل يكون ذلك إهداراً؟ فيه وجهان، ووجه كونه إهداراً: أنه سكوت في محل يحرم السكوت فيه، بخلاف ما إذا سكت على إتلاف المال، فإنه لا يكون إهداراً. فأما قصاص اليمين، فهل يسقط؟ يرجع فيه إلى نية القاطع، وله ثلاثة تأويلات في قطع اليسار:

الأول: أن يقول: استبحتته بإباحته؛ فيبقى حقه في اليمين. الثاني: أنه يقول: ظننت أن اليسار تجزئ عن اليمين، ففي سقوط حقه عن اليمين وجهان؛ لأنه قصد الإسقاط بناءً على ظن خطأ. وهذا الخلاف جارٍ فيما إذا تضرع من عليه القصاص ليؤخذ منه الفداء، فأخذه المستحق من غير تلفظه بالعفو، فأقدمه على الأخذ، هل يكون إسقاطاً؟ فيه خلاف. فإن قلنا بسقوط حقه عن اليمين، بقي له دية اليمين.

الثالث: أن يقول: عرفت أن اليسار لا تقطع عن اليمين، ولكنني قصدت أن أجعله عوضاً من تلقاء نفسي، ففيه خلاف مرتب، وسقوط حقه عن اليمين هاهنا أولى.

الحالة الثانية: للمخرج أن يقول: دهشت فلم أدر ماذا فعلت، فهذا ليس بإهدار لليसार، ولكننا تراجع القاطع، وله أربعة تأويلات:

الأول: أن يقول: دهشتُ أنا أيضاً، فلا يقبل منه ويلزمه قصاص اليسار؛ لأن الدهشة لا تليق به مع إقدامه على قطع منظور.

الثاني: أن يقول: ظننت أن اليسار تقع عن اليمين، فالخلاف في سقوط حقه عن اليمين كما سبق. والمنقول: أن لا قصاص في اليسار لظنه، ويحتمل الإيجاب كما إذا قتل الممسك لأبيه وقال: ظننت أن القصاص يجب على الممسك، فإن الظاهر وجوب القصاص؛ لبعده ظنه.

الثالث: أن يقول: ظننت أن المخرج هو اليمين، فلا يسقط حقه عن القصاص، وفي وجوب القصاص عليه في اليسار قولان كما لو قتل شخصاً ظنه قاتل أبيه.

الرابع: أن يقول: قصدت قطع يساره علواناً، فعليه قصاص اليسار وبقي حقه في اليمين.

الحالة الثالثة: للمخرج أن يقول: قصدت بإخراج اليسار إيقاعه عن اليمين، فللقاصع ثلاثة تأويلات:

الأول: أن يقول: ظننت الإباحة؛ فلا قصاص؛ لأن قرينة الإخراج أكدت الظن، وحقه في اليمين باقي.

الثاني: أن يقول: ظننت أن اليسار تجزئ عن اليمين، ففي سقوط حقه عن اليمين الخلاف السابق، ولا قصاص في اليسار لتطابق الفعلين والظنين ونزولهما منزلة معاملة فاسدة، وقال ابن الوكيل: يجب القصاص في اليسار، وهو بعيد.

الثالث: أن يقول: ظننت أن المخرج يمين، قطع العراقيون بنفسى القصاص؛ لانضمام التسليط إليه، وذكروا في الضمان وجهين، والأظهر الوجوب؛ لأنه لم يسلط مطلقاً بل ببديل لم يسلم له.

هذا كله في القصاص، فإن جرى في السرقة وفرض دهشة أو ظن: وقع الحد موقعه، نص عليه؛ لأن الحد على المساهلة؛ والمقصود النكال وقد حصل؛ فيبعد أن تقطع يمينه بعد ذلك، وقيل بتخرج وجوب القصاص.

فرع: إذا قضينا ببقاء القصاص في اليمين، فأراد أن يقطعه عقيب متواليين بين الجراحتين، فالنص منعه، بخلاف ما إذا قطع يديه ورجليه متفرقة، فأراد القصاص متوالياً؛ لأن ألم الولاء متولد من الحق، وهاهنا متولد من جنايتين: إحداهما حق، والأخرى عدوان^(١).

الباب الثاني: في حكم العفو

والنظر في طرفين:

الأول: في حكم العفو: وهو مبنى على أن موجب العمد المنحصر القود المحض والدية، أحدهما لا بعينه على سبيل التوازي؟ أو هو القود المحض وإنما الدية تجب عند سقوط القود؟ فيه قولان، توجيههما مذكور في الخلاف.

فإذا قلنا: الدية موازية للقصاص لا معاقبة له، فهل القصاص أصل والدية تابع؟ أو هما متوازيان من كل وجه؟ فيه تردد، ويظهر أثره في صيغ العفو، وهي أربعة، تفرعاً على أن الواجب أحدهما لا بعينه:

الأولى: أن يقول: عفوت عن القصاص والدية جميعاً؛ فيسقطان. فلو قال: عفوت عن القصاص، لم يبق إلا الدية. فإن قال: عفوت عن الدية فله القصاص، وهل له مرجع إلى الدية؟ فيه ثلاثة أوجه:

(١) في الأصل للمعتمد عليه أحدهما حق، والآخر عدوان. وما أثبتناه من أصل آخر.

أحدهما: لا؛ لإسقاطه. والثاني: نعم؛ لأن القصاص لا يعرى عن إمكان رجوعه إلى الدية، فعلى هذا، لا أثر للعفو عن الدية. والثالث: فى أن تأثيره فى أن يجعل القود المحض واجباً، فيكون حكمه حكم التفريع على القول الآخر فى الرجوع عن الدية.

فإن قلنا: لا يرجع إلى المال استقلالاً، فهل لهما المصالحة على المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كحد القذف. والثاني: نعم؛ لأن الدم مقوم شرعاً كالبيع.

ولو جرى مع أجنبى فوجهان مرتبان وأولى بالمنع، ووجه التجويز: تشبيهه باختلاع الأجنبى زوجة الغير. وهذا الخلاف جارٍ حيث يتعرى القصاص عن الدية. ويمكن ذلك بأن يقطع يديه فيسرى إلى الروح، فإذا قُطع يديه قصاصاً، فليس له إلا حرُّ الرقبة. فلو عفا فلا مال؛ لأنه استوفى يدين يوازيان الدية.

الثانية: إذا قال: عفوتُ على أن لا مال، فوجهان:

أحدهما: أنه يسقط كلاهما كما لو عفا عنهما. والثاني: لا؛ لأنه شرط نفى المال فى العفو عن القود، والعفو المطلق، على هذا القول، موجب للمال؛ فلا ينتفى بشرط النفى.

الثالثة: أن يقول: عفوتُ عنك، ولم يتعرض لدية ولا قود، فإن قلنا: الواجب القود المحض، سقط القصاص، ويكون كالعفو المطلق. وإن قلنا: الواجب أحدهما، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يسقط القود؛ لأن لفظ العفو يليق به. والثاني: أنه يحمل ويراجع، فإن نوى شيئاً اتبع. وإن قال: لم يكن لى نية، قيل له: أنشئ الآن نية. وفيه وجه ثالث: أنه إن لم يكن له نية انصرف إلى القصاص وإن نوى الدية انصرف إليها.

الرابعة: إذا قال: اخترت الدية، سقط القود، وإن قال: اخترت القود المحض فهل يجعل كإسقاط الدية؟ فيه وجهان، وجه قولنا: لا يسقط، أنه يحمل على التهديد والوعيد، فله أن يحسن بالعفو.

التفريع على قولنا: إن الواجب القود المحض، أنه لو عفا على مال: ثبت، ويكون بدلاً عند عدم القود، وكذلك لو تعذر القود بموت من عليه القصاص رجعنا إلى الدية، وإن عفا مطلقاً فقولان:

أحدهما: أن لا مال؛ لأنه لا واجب إلا القود وقد أسقطه. والثاني: أنه يثبت؛ لأن الدية خلف القود عند سقوطه.

فرعان: الأول: المفلس المستحق للقود له الاستيفاء، فإن عفا عن القود مع نفى المال.

فهل ينزل منزلة المطلق؟ فيه وجهان، ومنشؤهما: أنه دفع لسبب الوجوب، كما إذا رد هبة أو وصية، أو دفع الوجوب بعد جريان سببه.

وفى المنذر طريقان، منهم من ألحقه بالفلس. ومنهم من قال: هو فى استيفاء القصاص وإسقاطه، كالبالغ، ولكن فى دفع الدية كالصبي.

الفرع الثانى: لو صالح عن القصاص على مائتين من الإبل: بطل على قولنا: إن الواجب أحدهما؛ لأنه زيادة على الواجب. وعلى القول الآخر فيه وجهان، وجه المنع: أن الدية لها تعلق بالقود بكل حال فلا مزيد عليها.

الطرف الثانى فى العفو الصحيح والفاسد: وأحوال العفو سبعة:

الأولى: أنه إذا أذن له فى القطع سقط القصاص. وإن سرى إلى النفس سقط أرش الطرف، وفى دية النفس إذا سرى، أو قال: اقتلنى، قولان يبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً، أو تلقياً من الميت؟ والأصح: أنه تلقى، فسقط بعفوه كل الدية وإن لم يكن له مال سواه فإنه دفع الوجوب فلا يحسب من الثلث. وفى سقوط الكفارة وجهان، أصحهما: اللزوم؛ للحناية على حق الله تعالى. وخرج ابن سريج أن حق الله تعالى يتبع حق آدمى كما فى القتل قصاصاً.

الثانية: العفو بعد القطع وقبل السراية، بأن يقول: عفوت عن القطع أرشاً وقوداً، فإذا سرى إلى ما وراءه مع بقاء النفس، فالسراية مضمونة؛ لأنه لم يعف عن المستقبل وقد تولد عن فعل كان مضموناً. وفيه وجه: أن العفو الطارئ كالإذن المقارن. ولو قال: عفوت عما سيحب، فهو إبراء عما لم يحب وجرى سبب وجوبه، وفيه قولان.

الثالثة: العفو بين القطع والموت، بأن قال: عفوت عما سبق أرشاً وقوداً، فلا قصاص فى النفس؛ لتولده عن معفو عنه وعن ابن سريج وجه: أنه يجب؛ لأن الفعل كان عدواناً ولم يعف عن النفس.

وأما الدية، فتخرج على الوصية للقاتل، فإن منعها لم تسقط، وإن حوزناها سقط ما يقابل القطع السابق ويبقى الآخر إلا إذ صرح بالعفو عما سيحب؛ فيخرج على القولين إلا إذا كان قد قطع كلتا اليدين، فإن العفو عنه عفو عن كمال الدية فلا يبقى واجب.

ولو أوصى للجاني بالأرض بدل العفو لم يخرج هذا على الإبراء عما سيحب؛ لأن هذه وصية يمكن الرجوع عنها وليس بإبراء منجز، والوصية بما سيحب: تجوز. ونصوص الشافعى (رضى الله عنه) هاهنا تدل على منع الوصية للقاتل، فإنه قال: لو كان القاتل

عبدًا صح العفو؛ لأن أثره يرجع إلى السيد الذي ليس بقاتل. وقال: لو كان الجاني مخطئًا صح العفو؛ لأن الفائدة للعاقلة لا للقاتل، ولو كان العاقلة منكراً أو مخالفاً في الدين. فإن العفو باطل؛ لأنه عفو عن القاتل فهو وصية له. وقال الأصحاب: إذا قال للخاطيء: عفوت عنك، وقلنا: الوجوب لا يلاقيه، فهو لغو. وإن قلنا: يلاقيه، لغا أيضاً على أحد الوجهين؛ لأن ملاقاته له تقدير مختطف لا قرار له.

الرابعة: إذا عفا بعد قطع الطرف على مال، فقد ذكرناه في القصاص إن سرى، فسو حز رقبته، هل يكون كسرارية قطعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ فإن الجاني واحد، فيتحد الحكم كما تتحد الدية. والثاني: لا؛ لأن سقوط القصاص كالمثول عن معفو عنه.

الخامسة: عفو الوارث بعد موت القاتل صحيح، فإن استحق القصاص في الطرف والنفس فعفا عن أحدهما لم يسقط الآخر. وقيل: إن عفا عن النفس، فقد التزم بقاء الأطراف؛ فيسقط قصاص الطرف والنفس. [وإن كانت النفس مستحقة^(١) بقطع الطرف، فعفا عن الطرف، ففي جواز حز الرقبة وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه عفا عن الطرف. والثاني: نعم؛ إذ كان له أن يقطع الطرف ثم يحز الرقبة. ولا يبعد أن ينفصل الطرف عن الغاية؛ إذ لو قطع طرف عبد فعتق ومات، فليسيد قطع يده؛ وللولد حز رقبته، وعفو أحدهما لا يسقط حق الآخر.

السادسة: العفو بعد مباشرة سبب الاستيفاء، كما إذا قطع يد من عليه القصاص، ثم عفا عن النفس، فإن اندمل القطع صح العفو، ولا ضمان عليه خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله. وإذا سرى بان أن العفو باطل، وكذلك إذا رمى إليه، ثم عفا قبل الإصابة، فإن أصاب بان بطلان العفو، وهو الأصح.

السابعة: إذا تنحى الوكيل إلى عروسة الموقف ليستقيد، فعفا الموكل، فحز الوكيل رقبته غافلاً: فلا قصاص عليه، وفي الدية والكفارة ثلاثة أقوال، في الثالث: تحب الكفارة دون الدية. ووجه إسقاط الدية: أنه معذور كما في السهم الغرب. ووجه إعجابه: أنه فيه نوع تقصير؛ إذ كان ينبغي أن يجدد الاستئذان عند احز. ووجه دفع الكفارة: إسقاط أثر العفو في حقه؛ لأنه لم يبلغه. ومع هذا، فلا خلاف في أن القتل لم يقع قصاصاً؛ فيثبت للعافي الدية في تركة القاتل، وفيه وجه: أنا إن أهدرنا دية لقتيل، فلا نوجب للعافي شيئاً في تركته.

(١) في الأصل [وإن كان النفس مستحقاً] والمثبت من أصل آخر.

وإن فرعنا على أن دم القتيل لا يهدر، فالدية على الوكيل، أو على عاقلته؟ فيه قولان
يجريان في كل خطأ لا يتعلق بالفعل ونفس القتيل.

فإذا أوجبتاه، ففي الرجوع على العافي طريقان، منهم من نزل منزلة المعذور، ومنهم
من قال: هو محسن بالعفو فلا شيء عليه.

فرع: لو اشترى المحنى عليه العبد الجاني بالأرض المتعلق برقبته: صح؛ كشراء المرتهن
بالدين، فإن هذا الدين، وإن لم يكن على السيد، فهو متعلق بماله.

وإن كان الأرض إبلاً، ففي الشراء وجهان؛ لما فيه من الجهالة، ووجه الصحة: أن
المقصود الإسقاط دون الاستيفاء؛ فيسامح في الجهالة.

فلو وجد بالعبد عيباً، فله الرد وإن كان لا يستفيد برده أمراً زائداً؛ إذ لا يتحدد له
على السيد طلبه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

كتاب الدييات^(١)

والنظر في: الواجب، والموجب، ومن عليه، وفي دية الجنتين.

القسم الأول: في الواجب

والنظر في: النفس، والطرف. وفيه بابان:

الباب الأول في النفس

والأصل في الحر المسلم مائة من الإبل والأصل فيه قوله ﷺ: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» خمسة: عشرون منها بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة^(٢).

ثم تتغير في أربع مغلطات وأربع منقصات، أما المغلطات الأربع فهو: الحرم، والأشهر الحرم، والرحم، والعمدية.

(١) الدييات: جمع دية، مصدر ودى القاتل المقتول؛ إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال: الدية تسمية بالمصدر، ولذا جمعت، وهي مثل «عدة» في حذف الفاء. قيل: والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها.

واصطلاحاً: بأنها المال الواجب بالجناية على الحر في النفس، أو فيما دونها. انظر: المغرب (٣٤٧/٢)، المعجم الوسيط (١٠٢٢/٢)، لسان العرب (٣٨٣/١٥)، والقاموس المحيط (٤٠١/٤)، والمصباح المنير (١٠١٣/٢)، والمغنى (٣٦٧/٨)، والكافي (١١٠٨/٢).

(٢) هذا الحديث له طرق وألفاظ أبدال: فمن طريق الحجاج بن أرطاة، عن زيد بن جبير، عن خشف بن مالك الطائي، عن عبد الله بن مسعود، عن النبي ﷺ أنه قال: [في دية الخطأ عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن مخاض ذكوراً، وعشرون بنت لبون، وعشرون جذعة، وعشرون حقة].

والحديث ضعيف فيه الحجاج مشهور بالتدليس، وخشف المجهول، وقال بعضهم: موقوف مع ما فيه من ضعف على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه. أخرجه: أبو داود (٤٥٤٥)، والترمذي (١٣٨٦)، والنسائي (٤٣/٨)، وابن ماجه (٢٦٣١)، والدارقطني (١٧٣/٣)، والبيهقي (٧٥/٨).

ومن طريق محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده [أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل ثلاثون بنت محاص، وثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقة، وعشرة بنى لبون ذكوراً] أخرجه: أبو داود (٤٥٤١)، والنسائي (٤٢/٨)، (٤٣)، وابن ماجه (٢٦٣٠)، والدارقطني (١٧٥/٣، ١٧٦)، قال الدارقطني: وفيه مقال من وجهين: أحدهما: أن عمرو بن شعيب، لم يخبر فيه بسماع أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، والوجه الثاني: أن محمد بن راشد ضعيف عند أهل الحديث.

أما الحرم، فالقتل في مكة وسائر الحرم يوجب التغليظ على الخاطئ، وكذا لو رمى من الحرم إلى الحل، أو من الحل إلى الحرم كما في الصيد. وفي حرم المدينة خلاف، والإحرام لا يلتحق به.

وأما الأشهر الحرم فأربعة، ثلاثة منهن سرد^(١): ذو القعدة، وذو الحجة، والمحرم. وواحد فرد، وهو رجب.

وأما الرحم، فما يوجب المحرمية دون ما عداها من القربان. واعتمد الشافعي، رضي الله عنه، في التغليظ بهذه الأسباب الثلاثة آثار الصحابة، رضي الله عنهم، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

وأما العمدية، وكونه شبه العمد، فقد ذكرناه. ونذكر الآن ثلاث صور: أحدها: أن من قتل شخصاً في دار الكفر على زى الكفار، فإذا هو مسمم، ففي الدية قولان، فإن أوجبتها ففي الضرب على العاقلة قولان، وهو تردد في أنه يجعل عمداً أو شبه عمداً؟ وفيه وجه: أنه يلحق بالخطأ المحض فيخفف على العاقلة.

الثانية: إذا رمى إلى مرتد، فأسلم قبل الإصابة، وهي معنى الصورة السابقة، وأولى بأن يلحق بالخطأ.

الثالثة: إذا رمى إلى جرثومة ظلها شجرة، فإذا هي إنسان، فالصحيح: أنه خطأ محض كما لو سقط من سطح، أو مرق السهم من صيد إلى إنسان، أو قصد شخصاً فأصاب غيره. ويحتمل من مسألة الحربي أن يقال: ظن كونه شجرة كظن كونه حربياً هدرًا وقد قصده في عينه.

فإن قيل: ما معنى التخفيف والتغليظ؟ قلنا: المائة من الإبل تنخفض في خطأ المحض من ثلاثة أوجه: الضرب على العاقلة، والتأجيل بثلاث سنين، ووجوبها بخمسة. وفي العمد المحض تغلظ بتخصيصه بالجاني، وتبعجيله عليه، وتبديل التخميس بالتثنية، وهو أن يجب ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه في بطونها أولادها. وهذه النسبة مرعية، حتى تجب في أرض جناية الموضحة خلفتان، وجذعة ونصف. وحقة ونصف. وكذا في سائر الجراحات.

وأما شبه العمد فتتخفف من وجهين: الضرب على العاقلة، والتأجيل ثلاث سنين، وتغلظ من وجه: وهو التثنية؛ لقوله عليه السلام: «ألا إن قتيلاً العمد خطأ، قتيلاً

(١) [سرد]: أى تابعه ووالاه، يقال: سرد الصوم، ويقال: سرد الحديث: أتى به على ولاء. جيد السياق. انظر: المعجم الوسيط (١/٤٢٦).

السوط والعصا، فيه مائة من الإبل، أربعون منها خلفه في بطونها أولادها». ولا يتضاعف التغليظ بتضاعف الأسباب، فيجب على العائد في الحرم في الأشهر الحرم بقتل ذى الرحم ما يجب على العائد دون هذه المغلطات.

فإن قيل: فما صفة الإبل، وصنفه، وبدله عند فقده؟ قلنا: أما الصفة فما ذكرناه مع السلامة عن العيوب المثبتة للرد بالعيب. أما الخلفة فلا تكون إلا ثنية، فإن حملت ما دونها على الندور، قضى إحزائها وجهان؛ لأنه قد يظن الإجهاض بها.

ومهما تنازعا في وجود الحمل، حُكم في الحال بقول عدلين من أهل البصيرة، فلو اختلف قولهما استدرك، فلو رد ولى الدم وقال: ليس حاملاً، فالقول قوله، إلا إذا ادعى الجاني الإجهاض في يده وكان قد أخذه بقول عدلين لا بقول الجاني، ففيه وجهان:

أحدهما: أن المصيب هو الجاني؛ لموافقة قول العدلين.

والثاني: هو الولي؛ لأن العدل لم يحكم إلا بالتخمين، فيصلح تخمينه لتأخير حقه لإسقاطه.

أما صنفه، فهو غالب إبل البلد، فإن لم يكن في البلد إبل فأقرب البلدان إليه، فإن كان إبل من عليه مخالفاً لإبل البلد فهل تتعين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كقوت من عليه زكاة الفطر في أحد القولين. والثاني: لا؛ لأنه شكر على النعمة، فيكون من جنسها، وهذا أرش الجناية فلا يناسب اعتبار ملكه.

فإن اعتبرناها، فكانت مريضة أو معيبة فهي كالمعدومة. وإن كانا جنسين مختلفين متساوين فأخيرة إلى المعطى.

وأما بدله عند العجز بقيمته في محل العبارة مغلفة كانت أو مخففة. ونص في القديم على أنه يرجع إلى ألف دينار، أو إلى اثني عشر ألف درهم من النقرة الخالصة. وقيل: إن معنى القديم التخخير بين الخصال الثلاث، وهو ضعيف؛ لأن أثر التغليظ يسقط به. وقيل: يزداد الثلث بسبب التغليظ فيجعل ستة عشر ألفاً؛ تقليداً لأثر ابن عباس، رضى الله عنه، وهو بعيد.

هذا بيان المغلطات، وأما المنقصات فهي أربع:

الأولى: الأنوثة، فإنها ترد كل واجب إلى الشطر، ثم تُرعى النسبة في التغليظ والتخفيف، فيجب عشرون خلفه، وخمس عشرة حقة، وخمس عشرة جذعة، وعلى هذا الحساب في الأطراف.

الثانية: الرق، وواجب الرقيق قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، فإنه حط عن دية بقدر نصاب السرقة.

الثالثة: الاجتسان في البطن، إذ واجب الجنين الغرة، ولا يتغلظ فيه، وسيأتي.

الرابعة: الكفر، ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم، ولا يظهر فيه التغليظ، إلا أن يجعل هذا معياراً للنسبة فينسب إلى اثني عشر ألف درهم، ويقال: هو خمس دية المسلم.

هذا في أهل الذمة وأهل العقد والمستأمنين من هؤلاء. أما الزنادقة وعبد الأوثان فلا دية لهم ولا ذمة لهم. ولو دخل واحد منهم داراً رسولاً مستأمناً: فإن كان وثنيًا أثبت له أخس الديات وهي دية المجوسي؛ لأنه الأقل تحقيقاً للعصمة لأجل الحاجة إلى الأمان، وإن كان مرتدًا فلا دية في قتله ولكننا نمتنع عن قتله في الحال، مصلحة كالنساء والذراري.

والزنديق الذي ولد كذلك متردد بين الوثني والمترد.

هذا كله فيمن بلغتهم الدعوة. وأما من لم تبلغهم دعوتنا، قال القفال: يجب القصاص على المسلم بقتلهم لأنهم على الحق. ومنهم من قال: لا كفاءة بين الدينين وإن كانا حقين؛ لأنه بقي خطأ باعتبار جهله، وهو الآن باطل في نفسه فلا قصاص، ولكن تجب دية المسلم. ومنهم من قال: بل تجب دية أهل دينه إن كان يهوديًا أو مجوسيًا؛ لأن منصب دينهم لا يقتضي إلا هذا القدر.

وإن لم تبلغهم أصلاً دعوة نبي، قال القفال: وجب القصاص؛ لأنهم أهل الجنة. وقال غيره: لا لعدم أصل الدين، ولكن في الدية وجهان: أحدهما: دية المسلم. والثاني: أخس الديات.

وإن كانوا متعلقين بدين مُحرف، كدين موسى (عليه السلام) بعد التحريف، فلا قصاص، ويحتمل إسقاط الضمان لعدم الذمة وعدم الدين الصحيح، ويكون انكفافنا عنهم كانكفافنا عن النساء.

وأما الصابغون من النصاري والسامرة من اليهود إن كانوا معطلة دينهم فلا حرمة لهم، وإن كانوا من أهل الفرق فلهم حكم دينهم.

وأما من أسلم ولم يهاجر، فهو كالذي هاجر في القود والدية، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا عصمة إلا بالهجرة إلى دار الإسلام.

الباب الثاني: فيما دون النفس

وهذه الجناية إما جرح يشق أو قطع ممين، أو ضرب يبطل منفعة.

النوع الأول: فى الجرح. وذلك إما على الوجه والرأس، أو على سائر البدن.

أما الرأس، ففي الموضحة خمس من الإبل، وهى كل ما توضح العظم، فإن صارت هاشمة^(١) فعشر من الإبل، فإن صارت منقطة فخمسة عشرة، فإن صارت مأمومة^(٢) فتلت الدية.

أما الدامغة^(٣) المذققة ففيها كمال الدية. وفي الهاشمة، من غير إيضاح، خمس من الإبل، وقيل: حكومة^(٤)؛ لأن العشر فى مقابلة الموضحة الهاشمة. ولو أوضح واحد وهشم آخر، ونقل ثالث وأمّ رابع: فعلى كل واحد خمس من الإبل، إلا على الأم فعليه التفاوت بين المنقلة وأرش المأمومة، وهى ثمانية عشر بعيراً وثلاث بعير.

والتعويل، فى هذه التقديرات على النقل، وقد نص الشارع على بعضها، وقيس بها البعض. فإذا قلنا: فى الموضحة خمس من الإبل عينا به نصف عشر الدية، حتى ترعى هذه النسبة فى المرأة والذمى والعبد.

وكل عظم على كرة الرأس فهو فى محل الإيضاح وإن كان من الوجه، كالجبهة والجبين والوجنة وقصبة الأنف واللحيين ومن جانب القفا إلى الرقبة. فأما العظمة الواصلة بين عمود الرقبة وكرة الرأس، ففيه تردد.

فإن تعددت الموضحة على الرأس تعدد الأرش، فإن استوعب جميع الرأس بواحدة فالأرش واحد. فاتحاد الموضحة بأن لا يتخلف المحل والصورة والحكم والفعل.

أما الصورة فإن تقع على الموضعين. فإن رفع الحاجز اتحد الأرش، وإن كان الرفع من

(١) هاشمة: أى الرأس مهشمة عظامها.

(٢) منقطة: أى الضربة نقلت العظم من مكان إلى مكان. ومأمومة: أى مشجوعة.

(٣) الدامغة المذققة وهى التى تخرج الدماغ فتقتله بسرعة.

دمغ فلاناً، دماغاً: شجحه حتى بلغت الشجة دماغه. وأخرج دماغه. فهو دماغ وهو دميغ. والدامغة من الشجاج: لإحدى الشجاج العشر، وهى التى تبلغ الدماغ فتقتل لوقتها.

الذفيف: السريع الخفيف، ويقال: موت ذفيف: سريع. انظر: معجم الوسيط (١/٢٩٦، ٢٩٧، ٣١٣).

(٤) حكومة: والمقصود ما يكون أمره للقاضى لعدم تحديد أرض شرعى له، والقاعدة أن ما لا قصاص فيه من الجنائيات - على ما دون النفس - وليس له أرض مُقدر: ففيه الحكومة، وذلك ككسر كل عظم من البدن سوى السن، وثدى الرجل، أو لسان الأخرس، أو ذكر الخصى أو العينين ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة - من الشجاج - ليس له أرض مقدر.

وحكومة العدل تكون على الجاني ولا تتحملها العاقلة عنه. انظر: المصباح المنير (١/٢٢٦)، وأنيس الفقهاء (ص ٢٩٥)، والفقهاء الإسلامى (٦/٣٥٠، ٣٥١).

غير الجاني لم يتحد. ولو كان الحاجز بين الموضحتين الجلد دون اللحم، أو اللحم دون الجلد، فأربعة أوجه:

أحدها: أنه يتعدد؛ إذ بقي حاجز ما. والثاني: لا؛ لأنه حصل نوع من الاتحاد. والثالث: اللحم حاجز دون الجلد؛ لأنه المنطبق على العظم. الرابع: الجلد حاجز دون اللحم؛ لأنه الساتر عن العين.

وأما تعدد المحل، فإن تخرج الموضحة الواحدة من الرأس إلى الجبهة، أو من الجبهة إلى الوجه، ففي تعدده وجهان، أحدهما: لا؛ لاختلاف اسم المحل، ولا تتعدد بشمولها القذال^(١) والهامة؛ إذ الكل في حكم الرأس.

أما تعدد الفاعل بأن يوسع إنسان موضحة غيره، فعلى كل واحد أرض وإن كانت الموضحة واحدة، فإن جاء هو ووسع موضحة نفسه لم يزد الأرض على الصحيح.

أما تعدد الحكم، فإن يكون بعض الموضحة عمداً، وبعضها خطأ، أو بعضها حقاً قصاصاً والباقي عدواناً، فيتعدد الحكم اعتباراً باختلاف الحكم باختلاف المحل. فإن قلنا بالاتحاد فيكفي أرض واحد في العمد والخطأ، وفي الزيادة على القصاص لا بد من شيء لهذه الزيادة، وهو أن يوزع الأرض على جملة الجراحة ويسقط ما يقابل الحق ويجب الباقي؛ فإن اندراج الدية تحت القصاص غير ممكن.

أما المتلاحمة فواجبها حكومة. وفيه وجه: أنه يقدر بالنسبة إلى الموضحة، وذلك بتقدير سمك اللحم.

الموضع الثاني: الجراحات في مائر البدن: وفي جميعها الحكومة إلا الجائفة، ففيها ثلث الدية، وهي كل واصلة إلى جوف فيها قوة محله، كالبطن وداخل الصدر وإن لم تحرق الأمعاء والدماغ وإن لم تحرق الخريطة وكذا المثانة وداخل الشرج من جهة العجان^(٢).

فأما ما ينتهي إلى داخل الإحليل والقسم والأنف والأجفان إلى بيضة العين، ففيه وجهان:

أحدهما: يتقدر؛ لحصول اسم الجوف. والثاني: لا؛ لأن تقدير الجائفة لخطرها، وهي جوف أودع فيه القوى المحيلة. وداخل عظم الفخذ ليس بجوف وفاقاً.

وإن قلنا: لا يتقدر، فلو كان على الوجه ونفذ في اللحم فأرض متلاحمة وزيادة

(١) [القَذَالُ]: جماع مؤخر الرأس من الإنسان. انظر: المعجم الوسيط (٢/٧٢٢).

(٢) العجان: ما بين الخصية وحلقة الدبر. انظر: المصباح المنير (٢/٦٠٤).

شيء؛ لصورة النفوذ. وإن نفذ في عظم الوجه فأرش منقلة وزيادة.

فروع: الأول: لو ضرب بطنه بمشقص فجائفتان، ولو ضربه بسان فخرج من بطنه إلى ظهره فوجهان:

الصحيح: أنهما جائفتان كالمشقص. والثاني: لا؛ لاتحاد الخارج والفعل.

الثاني: لو التحمت الجائفة لم يسقط الأرض كالموضحة، بخلاف عود السن، فإن التحام الموضحة لا بد منه، وكذا في كل جارحة لا تسرى، وفيه وجه قياساً على السن، ولا قائل به في الموضحة، ويحتمل فيما إذا غرز إبرة، فانضم اللحم والتحيم، أن نقضى بالسقوط.

الثالث: لو خاط الجائفة، فجاء جان وقطع الخيط: فعليه تعزير. فإن كان بعد الالتحام فأحاف في ذلك الموضع فعليه أرش كامل، ولو لم يلتحم إلا الظاهر فليس عليه إلا حكومة. فلو أدى فتقه إلى انفتاق لحم تام حتى يُحيفه فعليه أرش كامل.

فإن قيل: فما معنى الحكومة؟ قلنا: أن يقدر المجنى عليه عبداً فتعرف قيمته دون الجنابة، فإذا قيل: عشرة؛ فيقوم مع الجنابة، فإذا قيل: تسعة، فيقال: التفاوت العشر، فيوجب بمثل نسبته من الدية، وهذا بشرط أن لا تزيد حكومة جراح عني مقدار الطرف المجروح، فلا تزداد حكومة جراحة الأصبع على دية الأصبع، ولا تزداد حكومة الكف والساعد وعظم العضد على دية الأصابع الخمس.

وهل تزداد حكومة كف على دية أصبع واحدة؟ فيه وجهان. فأما اليد الشلاء فيجوز أن تزيد حكومتها على أصبع، ولا تزداد على يد صحيحة.

فروع ثلاثة في الحكومة:

الأول: إنما تقدر الحكومة بعد اندمال الجراحة، فلو لم يوجد تفاوت، بأن التحم الجرح ولم يبق شئ، ففيه وجهان:

القياس: أن لا يجب شيء إلا تعزير كما في الضرب والصفع. والثاني: أن الجرح خطير؛ فتقدر الجراحة دامية، وتقدر الحكومة في تلك الحالة حتى يظهر التفاوت.

فإن لم يكن مخوفاً ولم يظهر التفاوت اضطربنا إلى إلحاقه بالضرب.

الثاني: إن قطع أصبعاً زائدة، أو سنّاً شاغية^(١)، أو أفسد المنبت من لحية المرأة، وزادت القيمة: فالقياس أن لا يجب شيء، ومنهم من قال: تقدر اللحية في عبد في أو ان

(١) أى: سنّاً زائدة على الأسنان، وهو أشقى، وهى شغواء.

التزين باللحية، وتأخذ تفاوتاً، ونوجه بعد نقصان شيء منه؛ لأن إلحاق المرأة بالعبد ظلم، والإنصاف أن هذا التقدير في أصله ظلم، فلا ينبغي أن يجب به إلا تعزير. ولو قطع ذكر العبد أو أثنيه فزادت قيمته، فالقياس ألا يجب شيء، وفيه وجه: أنه يجب كمال القيمة؛ لأن جراح العبد على القول المتصوص من قيمته كجراح الحر من دية.

الثالث: إذا جرح، فبقي حوالى الجرح شيئاً، فإن كانت الجراحة مقدرة كالموضحة استتبع حكومة الشئ كما تستتبع المتلاحمة حوالىها، وإن لم يكن مقدراً فالقياس أن لا تستتبع، بل تجب حكومة الجرح والشئ جميعاً، وظاهر النص: أنه يستتبع؛ لأن الشئ تبع للجراحة قائم به فإن كان حكومة الشئ أكثر لم يمكن الاتباع فنتجبه في نفسه، فإن كان مثلاً احتمل وجهين على النص.

النوع الثاني من الجنايات: القطع المين للأعضاء

والنظر في ستة عشر عضواً:

الأول: الأذنان، وفيهما كمال الدية، وفي إحداهما النصف، وفي البعض البعض بالنسبة، وفيه وجه: أن في الأذنين الحكومة؛ إذ لا توقيف.

وليست في معنى اليدين؛ إذ ليس يظهر فيهما منفعة، ومن قدر قال: فيهما منفعتان؛ إحداهما: جمع الأصوات. والثانية: دفع الهوام من الديب إلى الصماخ؛ ولذلك كثرت التعريجات حتى ينتبه عند الديب.

فعلى هذا، لو استحشفت^(١) الأذن بجناية جان وقطعها آخر، فوجهان: أحدهما: أن على القاطع الدية؛ لبقاء منفعة جمع الأصوات، وعلى من أبطل الحس الحكومة. والثاني: أن على مبطل الحس الدية؛ لأنه أظهر المنافع، وعلى القاطع بعده حكومة كقطع اليد الشلاء.

وأما أذن الأصم فتكمل فيه الدية؛ لأن الخلل في محل السمع، لا في صدفة الأذن. العضو الثاني: العينان؛ وفيهما كمال الدية إذا قُتلتا، وفي إحداهما: النصف، وفي عين الأعور النصف، وقال مالك، رحمه الله: الكل.

ويجب كمال الدية في الأخفش والأعمش^(٢)؛ لأن ضعف البصر كضعف قوة اليد.

(١) استحشفت الأذن: أي شلت.

(٢) الأخفش: صغير العينين ضعيف البصر، والأعمش: ضعيف البصر أيضاً مع سيلان دمه أغلب.

العضو الثالث: الأَجْفَان: وفيهما كمال الدية، وفي الواحد ربع الدية يستوى الأعلى والأسفل. فإن قطع البعض وتقلص الباقي لم تجب إلا بقدر المقطوع، وتقديره بالنسبة ما أمكن، ولا عدول إلى الحكومة إلا بالضرورة.

وأما الأهداب، فلو فسد منابتها، ففي جميع الشعور، حكومة، وكمل أبو حنيفة، رحمه الله، الدية في خمس من الشعور.

فرع: لو استأصل الأَجْفَان اندرج حكومة الأهداب تحته على أظهر الوجهين، وفيه وجه: أنها لا تندرج؛ لأن في الأهداب منفعة؛ فإنها تشتبك فتمنع الغبار ولا تمنع نفوذ البصر، فلا تندرج تحت غيره.

الرابع: الأنف. فإن أوعب مارنه^(١) جدعاً، ففيه كمال الدية، والمارن ما لان من الأنف فإن قطع شيئاً من رأس المارن وجب جزء بالنسبة. والأنف ثلاث طبقات، ففي كل طبقة إذا أفرد، ثلث الدية. وقيل: يجب النصف من كل واحد من المنخرين.

وأما الحاجز بين المنخرين فهو تابع لا يفرد بثلث من الدية، وفيه أوجه: أنه تنسب الطبقات إلى الجملة وتجب بحساب النسبة، وذلك أيضاً يقرب من الثلث.

وفي أنف الأختشم كمال الدية كما في أذن الأصم.

الخامس: الشفتان: في كل واحدة منهما نصف الدية، وقال مالك، رحمه الله: في العليا والثلاثان.

ثم حدّ الشفة في عرض الوجه الشدين، وفي طوله إلى محل الارتق على وجه، وإلى الموضع الذي يستر عمود الأسنان على وجه، وهو أقل من الأول، وما ينمو عند الانطباق على وجه، وهو أقل الدرجات، وبه يحد الشفران. وقيل: إنه إذا قُطِعَ من الأعلى ما لا ينطبق على الأسفل فقد استوفى الكل فهو الحد.

فلو قطع جزءاً من الشفة وجب بقدر نسبته إلى الكل، وتقدير الكل بأن يقدر قوس طرفيه عند الشدين ويجذبه عند الارتاق أو ما دونه على أحد الوجوه، فما يحويه مقعر هذا القوس هو كل الشفة فلينسب إليه.

السادس: اللسان: وفي لسان الناطق كمال الدية، وفي الأحرس حكومة، وفي الصبي الذي لم ينطق كمال الدية إن ظهرت أماره القدرة بالتحريك والبكاء.

ويجب بقطعه القصاص، وإن قطع كما ولد، ولم تظهر أماره، فحكومة؛ إذ لم تتيقن

=الوقت. انظر: المصباح المنير (٢٧١/١).

(١) المارن: ما لَانَ في الأنف. انظر: المصباح المنير (٨٧٨/٢).

القدرة، اتفق عليه الأصحاب، ولو قيل: الأصل السلامة، لم يبعد.

السابع: الأسنان، وفي كل سن مما هنالك خمس من الإبل إذا كانت تامة أصلية متغورة غير متقلقلة بالهرم.

احترزنا «بالأصلية» عن السن الشاغية، وفيها حكومة. ولو قلع سنّه ورد إليه سنّا من ذهب فتشيت به اللحم وتهاى للمضغ فليس فى قلعه أرش، وفيه حكومة، على أحد القولين، لإصلاحه للمضغ.

واحترزنا «بالتامة» عن قلع البعض؛ إذ يجب به بعض الأرض بحسب النسبة.

وهل يدخل السنخ^(١) فى حساب النسبة؟ فيه وجهان يطردان فى أن الدية تكمل فى الحشفة وحلمتى الثدي والمارن، ولا يزيد باستئصال الذكر والثدين وقصبة الأنف، بل نسبتها إليه كنسبة الكف إلى الأصابع. ولكن إذا قطع بعض الحشفة وبعض المارن، فهل يدخل الباقي فى حساب النسبة؟ فيه وجهان.

وفى هذه المسائل وجه آخر: أنه إذا استأصل تزيد نسبتها حكومة، فإذا قلع سنّا ففى قدر الباقي البادى دية، وفى السنخ حكومة، وهذا فى قصبة المارن أظهر منه فى السن.

فإن فرعنا على الاندراج، وهو الصحيح، فهل يندرج السنخ تحت نصف السن فيما إذا قطع إنسان بعض السن، وجاء آخر وقطع الباقي من السنخ؟ ففيما يجب على الثانى وجهان:

أحدهما: النصف؛ إدراجاً للسنخ. والثانى: النصف والحكومة؛ لأن السنخ يندرج تحت الكل. وهو يلتفت على أن الكف، هل يندرج تحت بعض الأصابع؟.

واحترزنا «بالمثغورة»^(٢) عن سن الصبى، فإنها فضلة، فليس فى قلعها إلا حكومة عند إبقاء شين^(٣) كما فى حلق شعره. فإن فسد المنبت وجب القصاص أو الأرش. ولو مات قبل ظهور فساد المنبت، ففى وجوب الأرش وجهان لتقابل الأصلين؛ إذ الأصل براءة الذمة من جانبته، والأصل عدم عود السن من الجانب الآخر.

وأما المثغور إذا عاد سنّه، ففى استرداد الأرض قولان: أحدهما: لا؛ لأن هذا نعمة جديدة عادت فهى كالموضحة إذا التحمت بنبات لحم جديد. والثانى: نعم؛ لأن متعلق

(١) السنخ أى: الأصل. انظر: المصباح المنير (٤٤٤/١).

(٢) ثغر فلاناً: كسر أسنانه، وثغر سنه: نزعها، وثغر الغلام ثغراً: سقطت ثنيتاه. فهو مثغور. انظر: المعجم الوسيط (٩٧/١).

(٣) الشين: العيب والقبح. انظر: المعجم الوسيط (٥٠٤/١).

الأرض هاهنا فساد المنبت مع القلع وقد بان أنه لم يفسد.

واختار المزني، رحمه الله، أنه لا يُسترد، واستشهد بأن التوقف غير واجب في الأرض كما لو قلع بعض أسنانه فنبت. ومن أصحابنا من طرد الخلاف في اللسان، ومنهم من فرق؛ لأن ذلك لحم جديد نبت من الغذاء؟ وهاهنا السن نبت من مادة أصلية لم يصير مستوفياً بالقلع، فإنها إن استوفيت، فالغذاء لا يستحيل إلى العظم ابتداءً وإن كان يغذى العظم.

وأما التوقف، فمنهم من أوجب، ومنهم من اعتذر بالبناء على الغالب. واحترزنا «بالتقلقل» عن الشيخ الهيم إذا أشرف سنه على السقوط، فإن كن الظاهر أنه لا يسقط، فلا يؤثر كضعف الأعضاء، وإن غلب على الظن أنه إلى السقوط مائلة فقولان: أحدهما: أنه يجب كمال الأرض؛ كما إذا قتل مريضاً مشرفاً على الهلاك. والثاني: لا؛ لأن الشرع أسقط أرض السن الضعيف بدليل الصبي.

فرع: الأسنان من الخلقة المعتدلة اثنان وثلاثون، فلو اقتلعها بجناية واحدة، ففي الواجب قولان:

أحدهما: مائة وستون من الإبل؛ لقوله ﷺ: «في كل سن خمس من الإبل»^(١). والثاني: أنه لا يزيد على مائة من الإبل إذا جُمع الكل؛ لأنه جنس واحد فيضاهي سائر أجناس الأعضاء.

ثم شرط هذا القول اتحاد الجاني والجناية، فلو اقتلع عشرين، واقتلع غيره الباقي وجب في كل سن خمس من الإبل، وكذلك إذا اقتلع هو واحداً بعد أخرى إذا تخلل الاندمال، وإن كان على التعاقب فطريقان:

منهم من قال: هو اتحاد، كالضرب الواحد المسقط للكل. ومنهم من قال: هو تعدد. الثامن: اللحيان^(٢): وفيهما كمال الدية، وفي أحدهما النصف. ولو كان عليهما

(١) الحديث عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «في كل أصبع عشر من الإبل، وفي كل سن خمس من الإبل، والأصابع سواء، والأسنان سواء»، أخرجه: أحمد (١٨٢/٢)، وابن الجارود في المنتقى (٧٨٠)، والهيتمي في مجمع الروايات (٢٩٦/٦)، وابن أبي شبة (١٩٣/٣)، وأبو داود (٤٥٦٢)، والشافعي (٢٠٣)، والدارمي (١٩٥/٢)، وعبد الرزاق (١٧٧٠٦)، وابن عساكر (٢٧٦/٦)، والنسائي (٥٥/٨)، والألباني في إرواء الغليل (٣١٩/٧). قال الشوكاني في نيل الأوطار (٦٣/٧): سكت عنه أبو داود والمنذري وصاحب التلخيص ورجال إسناده إلى عمرو بن شعيب ثقات. أ. هـ.

(٢) اللحيان: منبت اللحية من الإنسان وغيره والعظماء اللذان فيهما الأسنان من كل ذي لحى.

الأسنان لم تدرج دية الأسنان تحت دية اللحيين على الأظهر، والثاني: أنه تدرج؛ لأنه مركب الأسنان، وكلاهما لغرض واحد كالکف مع الأصابع.

التاسع: اليدان: وفيهما كمال الدية إذا قُطعتا من الكوعين، وكذا إن لقط الأصابع فحكومة الكف مندرجة قولاً واحداً. والساعد والعضد لا يدرج، بل لهما حكومة.

وفى كل أصبع عشر من الإبل من غير تفاضل، وفى كل أنملة ثلث العشر، إلا فى الإبهام، فإنها أنملة، وفى إحداهما نصف الأرض، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: ثلث الأرض، وجعل الأنملة الغائصة محسوبة من الأصبع.

ولو كان على معصم كفان باطشان، وفى الأصلية نصف الدية، وفى الزائدة حكومة. فإن كانت إحداهما منحرفة عن الساعد أو ناقصة بأصبع أو ضعيفة البطش: فهى الزائدة، وإن كانت المنحرفة أقوى بطشاً فهى الأصلية، والنظر إلى البطش أولى.

والتي عليها أصبع زائدة، فهل يحكم عليها بأنها زائدة؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن الزائدة على الكمال نقصان. والثاني: لا؛ إذ لا يبعد وقوع ذلك على الأصلية كما خرجت اليد الزائدة من الساعد الأصلي.

وإن تساويا من كل وجه، فمن قطعهما فعليه قصاص وحكومة، أو دية يدي وحكومة، وإن قطع إحداهما فلا قصاص؛ لاحتمال أنها زائدة، وتجب نصف دية اليد وزيادة حكومة؛ لأنه نصف فى صورة الكل. هذا ما قيل، وجعله نصفاً، مع الاحتمال لكونها زائدة، مشكل.

فروع: لو قطع اليد الباطشة وأوجبت دية اليد فاشتدت اليد الأخرى بهذا القطع وبطشت بطش الأصلية: ففي استرداد الأرض المبدول ورده إلى قدر الحكومة وجهان: أحدهما: أنه يسترد؛ فإن هذه صارت أصلية، ولا يتصور أصليتان على معصم. والثاني: لا؛ لأن هذه نعمة جديدة، وله التفات على عود السن.

العاشر: الترقوة والضلع: وفى كسر كل ضلع جمل، وكذا الترقوة، قاله الشافعي، رضى الله عنه، تقليداً لعمر، رضوان الله عليه. وقال فى موضع آخر: فيهما حكومة. وقال المزني، رحمه الله: قولان. ومنهم من قطع بالحكومة قياساً، وحمل مذهب عمر، رضى الله عنه، على حكومة بلغت عشر العشر، وهو جمل. ومنهم من قال: تقدير الحكومة تخمين من القاضى، فتخمين (عمر رضى الله عنه) أولى على الإطلاق بالتقليد.

الحادى عشر: الحلمات من المرأة: مضمونة بكامل ديتها، وهو ما يلتزمه الصبي، وهو

لا يزيد باستئصال الثدي، وقيل: تزيد حكومة.

وفى حلمتى الرجل قولان، المنصوص: أن فيهما حكومة؛ إذ ليس لهما منفعة دُرُور اللبن. وفيه قول مخرج: أن فيهما الدية كحلمتى العجوز.

الثاني عشر: الذكر والأنثيان: وفيهما ديتان، وتكمل الدية في ذكر الخصى والعنين، ولا تكمل في ذكر الأشل. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: في ذكر الخصى حكومة.

وإذا قطعهما: فإن ابتداء بالذكر، فعليه عنده ديتان. فإن ابتداء بالأنثيين، فعليه عنده حكومة ودية؛ لأن إخصاء أولاً بقطع الأنثيين، ثم تكمل الدية بقطع الحشفة.

الثالث عشر: الأليتان: وفى قطع ما أشرف منهما على البدن كمال الدية وإن لم يقرع العظم، وفى إحداهما النصف، ولا ينفى منفعتهما فى الركوب والقيود.

الرابع عشر: الشفران من المرأة: فيهما كمال الدية، وهما حرفا الفرج المنطبقان على المنفذ على تنوء، فالقدر الباقي هو كمال الشفر.

الخامس عشر: الرجلان: وهما كاليدين. ورجل الأعرج كرجل الصحيح؛ إذ الخلل فى الحِقْو لا فى الرجل.

ورجل من امتنع مثيه بكسر الفجار، قال القفال: كالصحيح، وفيه وجه: أن تعطل المشى كزواله. وفى التقاط أصابع الرجل كمال الدية مع أن أعظم المنافع، وهو أصل المشى، باقى.

السادس عشر: الجلد: ولو سلخ جميع جلده ففيه دية؛ لأن الجلد أعد لفرض واحد، فهو جنس، وسلخ جميعه قاتل، ولكن قد يبقى بعده حياة مستقرة فتظهر فائدته إذا حزت بعده رقبته.

النوع الثالث من الجنايات: ما يفوت اللطائف والمنافع

والنظر فى اثنتى عشرة منفعة:

الأولى: العقل: فإذا ضرب رأسه فأزال عقله، فعليه كمال الدية، ولو قطع يديه فأزال عقله فنص الشافعى، رضى الله عنه، يشير إلى دية واحدة. وهو بعيد؛ إذ ليس العقل فى اليد. ولو قطع أذنيه فأزال سمعه فديتان؛ لأن محل السمع غير محل القطع فهى أولى، ولا يمكن أن يقال: نزل العقل منزلة الروح فأدرج تحت دية اليد؛ لأنه إذا قطع يديه ورجليه فزال عقله، فعليه ديتان قولاً واحداً. ولعل وجهه: أن العقل لا يضاف إلى محل من البدن، فنسبته إلى الكل على وتيرة، فيندرج تحت كل عضو تكمل فيه الدية.

فرع: لو أنكر الجاني زوال عقله ونسبه إلى التجانن: راقبناه فى خلوته، فإن لم تنضبط أحواله أوجبنا الدية، ولا نخلقه؛ لأننا إذا طلبنا منه اليمين أجابنا عن موضع آخر متحائلاً كان أو مجنوناً.

الثانية: السمع: وفيه كمال الدية، وفي إبطاله فى أحدهما نصف الدية، وفيه وجه: أن الواجب حكومة؛ لأن محل السمع واحد، وإنما المشتبه منفذه، وهو ضعيف؛ إذ كيفما كان، فضبط النسبة بالمنفذ أولى من ضبطه بغيره.

فلو كذبه الجاني غافصناه بصوت منكر، فإن اضطرب بان كذبه، وإن ثبت حلفناه؛ إذ ربما يتماسك تكلفاً. ولو قال الجاني: حلفونى؛ فإن الأصل بقاء السمع، قلنا: لو فتح هذا الباب لم يعجز من يستحيز الجناية عن الحلف، وجريان الجناية سبب مظهر لجانب المجنى عليه، فتصديقه أولى.

فرعان: الأول: لو قال المجنى عليه: نقص سمعى ولم يزل، وجب أرش النقصان وقدر بالمسافة، وطريقه: أن يجلس يجنبه من هو فى مثل سينة وصحته، ويعد عنهما واحد ويرفع الصوت، فلا يزال يقرب إلى أن يقول السليم: سمعت، ثم يديم ذلك الحد فى الصوت ويقرب إلى أن يقول المجنى عليه: سمعت، فإن سمع على النصف من تلك المسافة، فقد نقص نصف السمع. فإن قال الجاني: سمع من قبل، حلفنا المجنى عليه. ولو قال: لست أسمع من إحدى أذنى، فامتحانه: أن تصم الأذن الثانية، ويصاح به صيحة منكراً.

الثانى: لو قال أهل الصنعة: لطيفة السمع باقية، لكن وقع فى المنفذ الارتفاق، ففى كمال الدية وجهان:

أحدهما: أن تعطل المنفعة، هل هو كزوالها؟ ويجرى فيما إذا ذهب سمع الصبى فتعطل نطقه، أو ضرب صلبه فتعطل رجله، ففى تعدد الدية فى نظائر ذلك خلاف.

الثالثة: البصر: وفى إبطاله مع بقاء الحلقة كمال الدية، يستوى فيه الأخفش والأعمش ومن على حدقته بياض لا يمنع أصل البصر، ثم يمتحن عند دعوى العمى بتقريب حديدٍ من حدقته مغافصة، وإن ادعى النقصان امتحن كما فى السمع.

الرابعة: الشم: وفى إبطاله كمال الدية. ويجرب بالروائح المتننة الحادة. فإن ادعى النقصان، فامتحان ذلك عسير؛ فيكتفى باليمين. وقيل: إن الشم لا تكمل فيه الدية؛ لأن التأذى به مع كثرة الأتقان أكثر من التلذذ به مع قلة الطيب. وهذا هوس؛ إذ هو طليعة كمائر الخواس.

الخامسة النطق: وفي إبطاله عن اللسان كمال الدية، وإن بقي حاسة الذوق والإعانة على المضغ والحروف الشفهية والحلقية؛ لأن الذي بطل جزء مقصود برأسه. فإن ذهب بعض الكلام، فأقرب معيار فيه الحروف، وهي ثمانية وعشرون متساوية في الاعتبار. وقال الإصطخري: لا تدخل الشفوية والحلقية في التوزيع.

فرعان: الأول: لو كان لا يحسن بعض الحروف، فهل يؤثر في نقصان الدية، فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه يرجع إلى ضعف النطق، فهو كضعف البطش. والثاني: نعم؛ لأن البطش لا يتقدر، والحروف صارت مقدرة للنطق بنوع من التقريب.

فإن قلنا: يُحط، فلو كان يقدر على الإعراب عن جميع مقاصده بتلك الحروف لغزارة فضله، ففي الخط خلاف، والظاهر: أنه يُحط. أما إذا كان نقصان الحروف بجناية جان فالخط أولى.

والقول الضابط في الفرق بين النقصان بجناية أو آفة: أن المفوت جرم أو منفعة؟ فكل جرم مقدر، فنقصان بعضه مؤثر، سواء كان بجناية أو آفة كسقوط بعض السن وبعض الأظلة وانشقاق لحم الرأس إلى حد المتلاحمة. وما لا يتقدر، كفلقة من الأظلة، فسقوطها لا ينقص، كانت بآفة سماوية أو جنائية، أبقى شيئاً أو لم يبق، مهما لم ينقص البطش؛ لأن الزينة ليست من خاصية هذا العضو.

وأما نقصان المنفعة التي لا تتقدر: إن كانت بآفة سماوية لم ينقص، وإن كانت بجناية، وجميع جرم العضو باق، فتلاثة أوجه:

أحدهما: لا يعتبر، كالأفة. والثاني: نعم؛ لأن الآفات لا تنضب، والجناية تنضب كما في القروح والجراحات. والثالث: أن الآخر إن قطع العضو لم يعتبر النقصان في حقه، وإن أبطل بقية البطش حط عنه ما وجب على الأول؛ لأنهما جنائتان متناسبتان من وجه واحد. وإنما يظهر الخلاف في نقصان الحروف؛ لأنها كالمقدرة للنطق.

الفرع الثاني: لو قطع بعض لسانه فأبطل كل كلامه، فعليه الدية. ولو أبطل بعض كلامه وتساوت نسبة الجرم والحروف، بأن قطع نصف الجرم، وزال نصف الكلام، فعليه نصف الدية، وإن تفاوتت النسبة فنأخذ بأكثر الشهادتين؛ لأن كل واحد من الحروف والجرم مبين مقدار الزائل من القوة النطقية التي لا يتقدر تحقيقها بنوع من التقريب؛ فنأخذ بأكثر الشهادتين.

فإن قطع ربع اللسان فزال نصف الحروف: فعليه النصف. وإن قطع نصف اللسان

فزال ربع الحروف: فعليه النصف. وقال أبو إسحاق: النظر إلى الجرم. ولكن إذا قطع ربع اللسان فزال نصف الكلام، فكأنه أشل ربعاً من الباقي، فتظهر فائدة العبارتين فيمن اقتلع الباقي فإنه لو قطع ربع لسانه وذهب نصف كلامه فاستأصل غيره باقى اللسان: فعليه ثلاثة أرباع الدية؛ نظراً إلى الأكثر عند الأصحاب، وعند أبي إسحاق: عليه نصف الدية وحكومة ربع أشل.

ولو قطع ربع اللسان فأذهب ربع الكلام فأوجينا النصف، فجاء الثانى واستأصل: وجب عليه ثلاثة أرباع الدية؛ نظراً إلى الأكثر، وعند الشيخ أبى إسحاق، رحمه الله: نصف الدية؛ نظراً إلى الجرم.

وأما إذا قطع فلقاً من لسانه، ولم يذهب شيئاً من الكلام: فلا شيء؛ لأن القوة إذا نقصت رجعنا إلى الشهادتين ورجحنا، وإذا لم ينقص فليس إلا حكومة كلسان الأخرس.

المنفعة السادسة: الصوت: وفى إبطاله كل الدية، وإن بطل معه حركة اللسان فديتان. وفيه وجه: أن الواجب دية واحدة؛ لأن مقصود الصوت النطق.

وإن قلنا: ديتان، فلو كان حركة اللسان ناقصة، فقد تعطل النطق ولم يزل: ففيه الخلاف السابق.

السابعة: الدوق: وفيه كمال الدية؛ لأنه أحد الحواس الخمسة، ويجرب عند النزاع بالأشياء المرة المقرة.

الثامنة: منفعة المضغ: وفيها كمال الدية، وفواتها بأن يتصلب مفرس اللحيين فلا يتحرك بانخفاض وارتفاع ولا يحيا صاحبه إلا بالحسوة والإيجار.

فروع: لو جنى على سنه فاسود ولم يمكن المضغ به: وجب كمال الأرض، فإن لم يكن إلا مجرد السواد ففيه حكومة؛ لأنه إزالة جمال محض.

التاسعة: قوة الإماء والإحيال به: فإذا أبطل بجنابة على صلبه، وجب كمال الدية. ولو جنى على ندى امرأة وأبطل منفعة الإرضاع، قال القاضى، رحمه الله: فيه حكومة؛ لأن منفعة الإرضاع تطراً وتزول، بخلاف قوة منفعة المنى فإنها ثابتة، قال الإمام: ويحتمل خلافه؛ لأنه مقصود فى نفسه وإن كان يطرأ.

العاشرة: منفعة المشى والبطش: وفيهما كمال الدية. ولو ضرب صلبه فبطل مشيه وجب كمال الدية. ولو قطع رجله ففي كمال الدية فيه خلاف؛ لأنها صحيحة فى نفسها وأنها تعطل بجنابة على غيرها. ولو ضرب صلبه فبطل مشيه ومنيه، ففي الاندراج

خلاف من حيث إن الصلب محل المني ومبدأ الحركة للمشي، فاقتضى اتحاداً بينهما من وجه.

الحادية عشرة: إذا بطل شهوة الجماع من غير شلل في الذكر ولا انقطاع في المني: لم يبعد تكميل الدية؛ لانقطاع إحساسه باللذة، وكذا إذا بطل شهوة الطعام إن أمكن، وكذا لو ضرب عنقه فارتق منفذ الطعام وجب كمال الدية، إذ تبقى حياة مستقرة، فإذا حز غيره رقبته كملت الدية على الأول.

الثانية عشرة: إذا أفضى ثيباً كان أو بكرًا: عليه ديته، ومعنى هذا أن يتحد مسلك الجماع والغائط أو مسلك الجماع والبول، ولا يندرج المهر تحتها لاختلاف مأخذهما. ويجب على الزاني والزوج؛ لأن الزوج لا يستحق إلا وطأ لا يوجب الإفضاء. فإن كان لا يحتمل إلا بالإفضاء، لضيق المنفذ، أو كبر الآلة، لم يستحق الوطء، ونزل الضيق من جانبها منزلة الرق إن خالف العادة، والكبر من جانبها ينزل منزلة الجب في إثبات الفسخ.

ولو انتزع بكرًا على كره لزمه مهر المثل وأرش البكارة، وقيل: إذا أوجبنا مهر مثل بكر، فقد قضينا حق البكارة.

والإفضاء بالخشبة والأصبع موجب للدية. ولو أزال الزوج بكارة زوجته بالأصبع لم يجب أرش البكارة؛ لأنه مستحق، وقيل: يجب؛ لعدوله عن طريق الاستحقاق.

هذا حكم الأطراف إذا أفردت أو جمعت من غير سرية، فيتصور أن يجب في شخص واحد قريب من عشرين دية، ولو مات بالسرية عاد إلى دية واحدة. ولو حز الجاني رقبته، فالنص: أنه يتداخل. وخرج ابن سريج أنه لا يتداخل كما لو تعدد الجاني. فإن اختلف حكم الجنابة، بأن قطع خطأ وحز عمداً، أو على العكس، فقولان منصوبان؛ لأن تغاير الوصف يضاهي تغاير الجاني.

فإن قلنا بالتداخل: فإن قطع يداً خطأ وقتل عمداً، قال الشافعي، رضى الله عنه: إنه تجب دية واحدة، نصفها على الجاني مغلظة، ونصفها على العاقلة مخففة، وكأنه جعل الحز كجنابة أخرى تمت سرية الأولى. ومن الأصحاب من خالف النص وقال: تجب دية مغلظة؛ إذ حز الرقبة يطل أثر ما سبق.

هذا حكم أطراف الحر الذكر. أما الرقيق فنص الشافعي، رضى الله عنه، أن جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته استحساناً؛ لقول سعيد بن المسيب، رضى الله عنه. وخرج ابن سريج قولاً: أن الواجب قدر النقصان كما أن الواجب في الجملة قدر

القيمة، وكما نص على قول في أنه لا تضرب على العاقلة بدله، ولا تجرى القسامة فيه إلحاقاً له بالبهائم.

فإن قُطع بإلحاقه بالحر في القصاص والكفارة، فلو قطع ذكره وأثنيته فزادت قيمته فيجب على النص، قيمتان، وعلى التخريج: لا يجب شيء كما في البهيمة.

وأما المرأة، فترعى نسبة أطرافها إلى ديتها، وفيها قول قديم: أنها تُعاقل الرجل إلى ثلث ديته، أي تساويها، فإن جاوزت الثلث رُد إلى قياس ديتها، ففي ثلث أصابعها ثلاثون من الإبل. وفي أربع، لو أوجبت أربعين لجاوزنا ثلث الدية؛ فنرجع إلى نسبة ديتها فنوجب عشرين، وهو بعيد مرجوح عنه.

القسم الثاني من الكتاب: في بيان الموجب من الأسباب والمباشرات

والنظر في أربعة أطراف:

الأول: في تمييز السبب عما ليس بسبب: وكل ما يحصل الهلاك معه، فإما أن يحصل به: فيكون علةً كالتردية في البئر، أو يحصل عنده بعلة أخرى ولكن لولاه لم تؤثر العلة كحفر البئر مع التردية، فهو سبب. وإما أن يحصل معه وفاقاً ولا تقف العلة على وجوده: فلا عبرة به، كما إذا كلم غيره أو صفعه صفعة خفيفة فمات فهذا لا يجعل سبباً، بل هو موافقة قدر.

والاحتمال يظهر في ثلاث صور:

الأولى: إذا صاح على صغير، وهو على طرف سطح، فارتعد وسقط ومات: وجب الضمان؛ لأنه سبب ظاهر، وفي القصاص قولان مرتبان على ما لو حفر بئراً في داره ودعا إليه غيره، وهذا أولى بالإيجاب؛ لأن الإفضاء إلى الهلاك هاهنا أغلب.

ولو تغفل بالغاً بصوت منكسر فسقط من السطح، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحمل على موافقة القدر؛ لأن الرعدة لها أسباب، والكبير لا يسقط بالصياح غالباً. والثاني: يجب الضمان؛ لأن هذا ممكن والسبب ظاهر؛ فيحال عليه. والثالث: إن جاء من ورائه وجب، وإن واجهه فلا.

والصحيح: أنه إن ظهر أنه سقط به وجب، وإن شك فيه احتمل أن يقال: الأصل براءة الذمة، واحتمل أن يقال: الأصل حمله على السبب المقارن به.

الثانية: لو صاح على صبي موضوع على الأرض فمات، أو على بالغ فزال عقله، ففيه وجهان، منشقهما: التردد في الإحالة عليه.

الثالثة: التهديد والتخويف إذا أفضى إلى سقوط الجنين وجب الضمان؛ إذ وقوع ذلك غالب؛ وقع لعمر، رضى الله عنه، فشاوور الصحابة، رضى الله عنهم، فقال عبد الرحمن بن عوف، رضى الله عنه: «إنك مؤدب فلا شيء عليك». وقال عبي، رضى الله عنه: «إن لم يجتهد فقد غشك، وإن اجتهد فقد أخطأ، أرى عليك الدية».

الطرف الثاني: فى اجتماع العلة والشرط: كالحفر والتردى، ومهما كانت العلة عدواناً انقطعت الحوالة عن الشرط، فالضمان على المردى لا على الحافر. وإن لم يكن عدواناً بأن تخطي الإنسان فتردى جاهلاً: نُظر إلى الحفر، فإن لم يكن عدواناً أهدر الضمان، وإن كان عدواناً أُحيل الهلاك عليه.

وإن تزلز رجله بقشر بطيخ، أو بماء مرشوش، فهذه الأسباب كحفر البئر.

فروع: الأول: إذا وضع صبيّاً فى مسبعة فافترسه سبع، فإن قدر على الانتقال فلا ضمان كما لو قُصِدَ بغير إذنه فتركه حتى نزف الدم، وإن كان عاجزاً فوجهان:

أحدهما: الحوالة على السبع؛ لأنه مختار ولم يسبق منه إلا وضع يد، والصبي الحر لا يضمن باليد. والأصح: أنه يحال عليه؛ لأن هذا يعد فى العرف إهلاكاً.

الثانى: إذا اتبع إنساناً بسيفه فولى هارباً، فألقى نفسه فى نار، أو ماء، أو بئر، أو مسبعة وافترسه سبع، فلا ضمان على المتبع؛ لأنه مختار فى هذا الأفعال، وغايته أن يكون مكرهاً.

ولو قال: اقتل نفسك وإلا قتلتك، فقتل نفسه: لم يضمن المكره؛ إذ لا معنى للخلاص عن الإهلاك أصلاً.

أما إذا تردى فى بئر جاهلاً لكونه أعمى، أو لظلام الليل، أو لكون البشر مغطاة: فالضمان على المتبع؛ لأن هذا الإلجاء أقوى من مجرد الحفر.

ولو ألقى نفسه على سطح، فانخسف به فيحال الضمان عليه لاختياره، إلا إذا كان انخسافه لضعفه وهو يدرى فهو كالبئر المغطاة.

الثالث: إذا سلم صبيّاً إلى سابع فغرق، وجب الضمان على أستاذه؛ لأنه لا يفرق إلا بتقصير، بأن يهمله فى غير محله.

فلو قال له: ادخل الماء، فدخل مختاراً، فيحتمل أن يقال: لا ضمان؛ لأنه لا يضمن الحر باليد، والصبي مختار، ولكن قال العراقيون: يجب؛ لأنه ملتزم للحفظ، وأما البالغ فلا يضمن فى هذه الصورة.

وإن خاض معه اعتماداً على يده فأهمله: احتل إيجاب الضمان، وقال العراقيون: لا

يجب؛ لأنه مقصر في الاغترار بقوله.

فإن قيل: إذا كان حفر البئر سبباً عند العدوان، فماذا يكون العدوان عدواناً؟ قلنا: نذكر محل العدوان من البئر، وإيقاد النار، وإشراع الجناح، وإلقاء قشر البطيخ، وقمامة السوق، ورش الماء؛ حتى يعرف به ماعده.

أما البئر، فلا عهدة فيه على من حفره في ملكه أو في موات، فإن كان في ملك الغير فهو عدوان، وإن كان في الشوارع نظراً؛ فإن أضر بالطارقين فهو عدوان، وإن لم يضر؛ فإن فعله لمصلحة الطريق ويأذن الوالي وأحكم رأسه فلا ضمان على الحافر، وإن كان بغير إذن الوالي فقولان، ووجه الإيجاب أن الاستقلال للأحاد إنما يساح بشرط سلامة العاقبة، فإن فعل لمصلحة نفسه فله ذلك، ولكن بشرط سلامة العاقبة.

وكذلك إشراع القوابيل والأجنحة جائز إذا لم يضر بالمجتازين، ولكن بشرط سلامة العاقبة، فهو في عهده دواً وابتداء. وليس هذا كما لو حفر بئراً في داره فسقط جدار دار جاره فلا ضمان؛ لأن تصرفه في نفس الملك لو قيد بشرط السلامة لأورث حرجاً على الناس فقيده بالعادة وأسقط عهده.

وأما الارتفاق بالأجنحة فمستغنى عنها، ومهما حفر بئراً في أرض جواره ولم يحكم أطرافها بالخشب أو وسع رأسها بحيث يخرج عن العادة؛ فهو مطالب بعهده. وكذلك لو أوقد ناراً على السطح في يوم ريح كان في عهدة الشرار، وإن كان على العادة فعصفت ريح بغتة فلا ضمان.

فرعان: أحدهما: لو حفر بئراً في ملكه ودعا إليه إنساناً في ظلمة فسقط فيه؛ فإن لم يكن عنه معدل ففي الضمان قولان، فإن اتسع الطرق فقولان مرتبان، منشؤهما: تعارض الغرور والمباشرة. وكذا الخلاف في تقديم طعام مسموم أو أطعمة فيها طعام مسموم.

الثاني: إذا سقط ميزاب لإنسان على رأس إنسان؛ فإن كان الساقط هو القدر البارز فهو كالجناح، وإن سقط الكل ففي وجوب الضمان وجهان، وجه الإسقاط: كونه من مرافق الملك، لا كالجناح. فإن قلنا: يجب، فيسقط الضمان على القدر البارز والقدر الداخِل في الملك تنصيفاً على أحد الوجهين، وتقسيطاً في الوجه الثاني على الوزن، بخلاف ما لو ضربا بعمودين متفاوتين في الثقل فإنهما يتساويان في الدية؛ لأن ذلك يختلف بقوة الضارب ولا ينضبط.

والجدار المائل إلى الشارع كالقايول: فإن مال إلى ملكه وسقط فلا ضمان، وإن مال

إلى الشارع وسقط من غير إمكان تدارك فلا ضمان، فإن مال أولاً وأمكنه التدارك ولم يفعل فوجهان؛ لتعارض النظر إلى أصل البناء، وما طرأ من بعد.

فأما قشور البطيخ وقمامات البيوت، ففي المنع من إلقائها على الشوارع عسر؛ لأنها من مرافق الملك، وتشبه الميزاب، ففي ضمان المتعثر بها ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين إلقاء إلى وسط الطريق وبين الرد إلى الطرف.

وأما رش الماء: فإن كان لتسكين الغبار فهو لمصلحة عامة فيضاهي حفر البئر لمصلحتهم، فإن لم تكن مصلحة فهو سبب ضمان في حق الماشي إذا لم ير موضع الرش، فإن تحطاه قصداً فلا ضمان.

الطرف الثالث: في ترجيح سبب على سبب: فإذا اجتمع سببان مختلفان قدم الأول على الثاني. فلو حفر بئراً ونصب آخر حجراً على طرف البئر، أو وضع قشرة بطيخ على طرفه فتعثر به إنسان وسقط في البئر: فالضمان على صاحب الحجر؛ لأن التردى نتيجة فهي العلة الأولى. وكذا لو حفر السيل حجراً وتركه على طرف البئر: سقط الضمان عن الحافر، كما لو وضعه آخر.

وكذلك لو نصب سكيناً، ونصب آخر أمامه حجراً، فتعثر بالحجر ووقع على السكين. وكذا لو حفر بئراً، ونصب آخر في قعر البئر سكيناً، ونصب آخر أمامه حجراً: فالضمان على الحافر.

ولو حفر بئراً قريب العمق، فعمقها غيره وهلك المتردى فيها، فوجهان: أحدهما: الإحالة على الأول، والثاني: أنهما يشتركان؛ لتناسب الجنايتين.

فروع: الأول: لو وضع حجراً في الطريق فتعثر به من لا يراه: ضمن. ولو قعد على الطريق فتعثر به غيره وهلك، فالنص: أن ضمان القاعد مهدر، وضمان الماشي على عاقلة القاعد. ولو تعثر ماشٍ بواقف ومات، فالهلاك مضاف إلى الماشي بالنص. وقيل: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج:

أحدهما: أن الإحالة على الماشي في المسألتين؛ لأنه المتحرك. والثاني: على الساكن؛ لأن الطريق للمشى لا للسكون.

ومن قرر النص فرق بأن الماشي قد يفتقر إلى الوقوف لحظة، فأما القعود فليس من مرافق الطريق.

الثاني: إذا تردى في بئر في محل عدوان، فتردى وراءه آخر فسقط عليه ومات، فالأول مات بسببين: الحفرة وثقل الثاني، ولكن يستقر أيضاً ضمانه على الحافر؛ لأن

وقوع الثاني كان من الحقر أيضاً، إلا أن لورثة الأول مطالبة عاقلة الثاني بنصف الدية، ثم يرجع على عاقلة الحافر، ويحتمل أن يقال: الثاني كالمكره فلا يتعلق بعاقلته شيء، وهذا يضاهي المتردد في أن المكره على إتلاف المال، هل يطالب ثم يرجع، أم لا يطالب أصلاً؟.

الثالث: لو انزلق على طرف البئر، فتعلق بآخر وجذبه، وتعلق ذلك الآخر بثالث وجذبه، ووقع بعضهم على بعض: فالأول مات بثلاثة أسباب: بصدمة البئر، وثقل الثاني، وثقل الثالث، وهو متسبب من حملتها إلى واحد، وهو ثقل الثاني يجذبه إياه فهدر ثلث الدية، وثلثها على الحافر، وثلثها على الثاني لجذبه الثالث.

وأما الثاني فهلك بجذبه الأول وثقل الثالث، فنصف ديته على الأول؛ لأنه جذبه، ونصفه مهدر؛ لأن الثالث سقط بجذبه.

وأما الثالث فكل ديته على الثاني. فلو زاد رابع، فيجتمع لهلاك الأول أربعة أسباب، فالمهدر ربع الدية، ولا يخفى طريقه، هذا مذهب على بن أبي طالب (كرم الله وجهه) واختيار الجمهور. وفيه وجوه آخر مزيفة ذكرناها في «البيسط».

الطرف الرابع: في الأسباب المتشابهة التي تثبت بها شركة من غير ترجيح ولها صور:

الأولى: إذا اصطدم حُران في المشى وماتا، فكل واحد شريك في قتل نفسه وقاتل صاحبه، ففي تركة كل واحد منهما كفارتان؛ لأن الشريك في قتل نفسين يلتزم كفارتين؛ لأنها لا تتجزأ، وفي تركة كل واحد نصف دية صاحبه إن كان التصادم عمداً، وإلا فعلى العاقلة. فإن كانا راكبين ففي تركة كل واحد نصف قيمة دابة صاحبه. فأما حكم نفسيهما فكما سبق.

وإن غلبت الدابة راكبها فاصطدما قهراً فقولان:

أحدهما: أن هلاك النفس والدابة مُهْدَرٌ؛ لحصوله بفعل الدابة. والثاني: أنه منسوب إلى اختيارهما في الركوب وهما مخطئان. فإن كانا صبيين ركباً بأنفسهما فكالبالغين إلا إذا قلنا: لا عمد للصبى، فيخالف البالغ فيه. فإن أركبهما أجنبي واحد متعدياً، فعليه كفارتان وقيمة الدابتين، وعلى عاقلته دية النفسين. وإن أركبهما أجنبيان، فنصف الهلاك في الكل مضاف إلى كل واحد منهما.

فإن أركبه الولي عند مسيس الحاجة من غير تفريط، فهو كما لو ركب الصبي بنفسه ولا عهدة على الولي. وإن لم تكن حاجة ولكن أركبه لغرض التفرح والزينة، حيث

يغلب الأمن، ففي إحالة الضمان على الولي وجهان، ووجه الحوالة: أن مثل ذلك يجوز بشرط سلامة العاقبة.

ولو تعدى المركب وتعدى الصبي، فقد قيل: الإحالة على المركب، ويحتمل الإحالة على الصبي إذا قلنا: له عمد إذ المباشرة أولى من السبب، لكن لما لم تكن مباشرته عدواناً لصبيّه، أمكن أن يجعل كالمتردى مع الحفر.

فإن كانا عبيدين فهما مهدران. وإن كان أحدهما عبداً فنصف قيمة العبد في تركة الحر، أو على عاقلته على قول. ونصف دية الحر تتعلق بتلك القيمة؛ لأنه كان يتعلق برقبته لو بقي؛ فيتعلق بقيمته.

وإن كانتا حاملين، ففي تركة كل واحدة أربع كفارات؛ بناءً على أن قاتل نفسه تلزمه الكفارة، وأن الشريك تلزمه كفارة كاملة، وأن الجنين فيه كفارة، وفي تركة كل واحدة: نصف غرة جنينها، ونصف دية صاحبها، ونصف غرة جنين صاحبها، فتجب غرتان كاملتان في التركتين ودية واحدة ويهدر النصف منهما لا من الجنين.

وإن كانتا مستولدتين حاملتين، وتساوت قيمتهما، فقد تقاضا، وإن كانت إحداهما تساوى مائتين والأخرى مائة، فصاحب المائتين يستحق مائة، وصاحب المائة يستحق خمسين، فبقى لصاحب النفيسة خمسون على صاحب الخسيسة؛ لأن جنانية المستولدة تجب على السيد؛ لأنه بالاستيلاد السابق صار مانعاً بخلاف القين، وكان يحتمل هاهنا أن لا تلزمه؛ لأنه إنما يكون مانعاً إذا بقي المحل حياً قابلاً للتفويت، وقد كان موته مع الجنانية لا بعدها.

وإن كانتا حاملتين، والقيمة بحالها وقيمة كل غرة أربعون، فصاحب النفيسة يستحق مائة وعشرين من جملة مائتين وأربعين، ولكن قيمة الخسيسة مائة، وهي أقل من الأرض، فلا يجب على السيد إلا أقل الأمرين، فالواجب على صاحب الخسيسة مائة، ويستحق صاحب الخسيسة سبعين: خمسون لمستولده وعشر للغرة، فيبقى عليه ثلاثون.

الصورة الثانية: إذا اصطدمت سفيتان بأجراء ملاحين؛ فالسفينة كالدابة والملاح كالراكب، وغلبة الرياح كغلبة الدابة حتى يخرج على القولين، ونزید هاهنا إن كان في كل سفينة عشرة أنفس مثلاً، فهما شريكان في قتل العشرين، وكذلك في إتلاف المال الذي في السفينة. فإن هلك المال وتنازعا، فقال الملاح: حصل بغلبة الريح، وقال المالك: بل بفعلكما؛ فالقول قول الملاح؛ إذ الأصل براءة الذمة.

ولو ثقب الملاح السفينة وغرق أهلها، فقد يكون عمداً محضاً، وقد يكون شبه

العمد، وقد يكون خطأ ولا يخفى حكمه.

فروع: إذا أشرفت السفينة على الغرق، وكان النجاة فى إلقاء الأمتعة، فقال من احتاج إلى النجاة: ألقى متاعك وأنا ضامن؛ فيلزمه الضمان لمسيس الحاجة إلى الفداء كما إذا قال: طلق زوجتك وأنا ضامن للمهر، وكذلك إن كان الحاجة لغيره فله الالتزام بسببه، بل عليه إلقاء متاعه لنفسه. وإن كانت الحاجة عامة، للملتمس وصاحب المتاع، فيه وجهان:

النص: أنه يجب ضمانه؛ لأن الملتمس محتاج، فحاجة المالك لا تمنعه من البذل. والثاني: أنه يسقط بحصة المالك، فإن كانوا عشرة سقط العشر، أو خمسة فالخمس. ولو قال: ألقى متاعك، ولم يتعرض للضمان، ففيه وجهان؛ كما إذا قال: اقض ديني، ولم يشترط الرجوع.

ولو قال: أنا وركبان السفينة ضامنون، كل واحد واحد على الكمال: فيلزمه، وركبان السفينة لا يلزمهم إذا أنكروه.

ولو قال: أنا وهم ضامنون كل بحصته: فحصته تلزمه، والباقي يرجع إليهم. فإن قالوا: رضينا بما قال، لزمهم وإن كنا لا نقول بوقف العقود؛ لأن هذا مبني على المصلحة والتساهل.

ولو أطلق قوله: أنا وركبان السفينة ضامنون، ثم قال: أردت التقسيط: فالقول قوله مع يمينه حتى لا يلزمه إلا نصيبه.

وإن قال: أنا ضامن وركبان السفينة ضامنون، ثم فسر بالتقسيط: فاختيار المزني، رحمه الله، أنه يقبل مع يمينه، وظاهر النص: أنه لا يقبل؛ لإضافته الضمان إلى نفسه أولاً، ثم ذكره الركبان بعده.

الصورة الثالثة: إذا رجع حجر المنجنيق على الرماة، وكانوا عشرة، فهلكوا: فيهدر من دم كل واحد عشره ويتعلق تسعة أعشار بعائلة الباقين؛ إذ ما من واحد إلا وهو قتل نفسه بمشاركة تسعة.

وإن أصاب غير الرامين، فالدية على عاقلتهم، إلا إذا قصد شخصاً بعينه وقدروا على الإصابة غالباً. فإن قصدوا جمعاً وعلوموا أنهم يصيبون واحداً ولكن لا بعينه، فهو خطأ فى حق ذلك الواحد، ولهذا قلنا: المكروه إذا قال: اقتل زيداً أو عمرًا، فقتل زيداً فلا قصاص على المكروه؛ لأنه ما قصد زيداً بعينه، ويجب على المكروه؛ لأنه ذو خيرة فى تعينه، بخلاف ما إذا قال: اقتلها وإلا قتلتك، فإن خيرته فى التقديم والتأخير لا تؤثر.

الصورة الرابعة: إذا جرح الدافع ثلاث جراحات: أولها عند قصده، والثانية بعد إعراضه، والثالثة بعد عوده إلى القصد: فالمتوسطة مضمونة، والأحريان مهدران فعليه ثلث الدية.

ولو ضربه في الدفع ضربتين، وبعد الإعراض واحدة، فعليه نصف الدية؛ جمعاً لما جرى في حالة الإهدار، بخلاف ما إذا توسطت حالة بين حالتين.

ولو جرح مرتدّاً وأسلم فعاد الجارح مع ثلاثة من الجناة فجرحوه، قال ابن الحداد: الجناة أربعة، فعلى كل واحد ربع الدية، إلا أن الجاني في الحالتين لزمه الربع بجراحتين، إحداهما مهذرة، فيعود نصيبه إلى الثمن. وقال بعض الأصحاب: لا، بل توزع على الجراحات لا على الجارحين، ويقال: الجراحات خمسة، والواحد منها مهذر؛ فسقط الخمس ويبقى على كل واحد من الأربعة خمس الدية، ويدخل نقصان الإهدار على الكل.

ولو جنى أربعة في الردة، ثم عاد منهم واحد مع ثلاثة آخرين وجنوا في الإسلام: فعلى مذهب ابن الحداد، رحمه الله: الجناة سبعة، فعلى كل من لم يجن في الإسلام سبعٌ كامل؛ ومن جنى في الحالتين رجع سبعة إلى النصف. وعلى الوجه الآخر يقال: الجنايات ثمانية، أربعة في الردة مهذرة، فيبقى أربعة أثمان الدية على الأربعة الذين جنوا في الإسلام. ولنقص على هذا ما إذا جنى خطأ، ثم عاد مع غيره وجنبا مع عمداً، ولكن يكون التوزيع هاهنا النقل إلى العاقلة في البعض كما كان.

ثم للإهدار فرعان:

الأول: جنى عبد على حر، فجاء إنسان وقطع يد العبد، ثم قطع العبد بعده يد حر، وماتوا: فتؤخذ قيمة العبد من الجاني عليه، ويختص المجنى عليه بالأرث بقدر أرث اليد، والباقي يكون مشتركاً بينه وبين المجنى عليه ثانياً؛ لأنه حيث قطع يده لم يكن للثاني حق.

ونعنى بالأرث قيمة النقصان على الأصح؛ إذ لو أردنا نصف الدية، فلو فرضنا بدله قطع اليدين لم يبق للمجنى عليه ثانياً شيء.

الثاني: إذا تقاتل رجلان بسيفيهما، فأصبحا قتيلين، فادعى ولي كل واحد أن صاحبه كان دافعاً لا قاصداً: تحالفاً، فإن نكل واحد حصل الغرض، وإن حلفا تساقطا.

وحكم كل شخصين التقيا في بادية، واستشعر كل واحد من صاحبه القصد: أنه إن غلب على ظنه قصده حل له البداية بالدفع، وإلا فلا، فإن قتله ومات الدافع وأقر وليه بأنه كان مخطئاً في ظنه: أخذت الدية من التركة.

فإن قيل: القاتل بالسحر لم يذكره، قلنا: لا يعرف ذلك إلا بإقرار الساحر، فإن قال: سحرى يقتل غالباً، فهو عمد يجب به القصاص. وإن قال: قصدت الإصلاح، فهو شبه عمد. وإن قال: قصدت غيره فأصبت اسمه فهو خطأ محض. ولا ينبغي أن يتعجب من هذا؛ فإن السحر حق.

القسم الثالث: فى بيان من تجب عليه الدية

وهو الجاني إن كان عمداً، أو العاقلة إن كان خطأً أو شبه عمد؛ لما روى «أن جاريتين اختصمتا، فضربت إحدهما الأخرى بعمود فسطاط، فقتلتها وما فى بطنها، فقضى رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة، وفى الجتين بغرة: عبد أو أمة»^(١). والنظر فى العاقلة^(٢) يتعلق بأركان:

الأول: فى تعيينهم: والدية تضرب على ثلاث جهات: العصبية، والولاء، وبيت المال. أما المخالفة والمالاة فلا توجب تحمل العقل خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله.

الجهة الأولى: القرابة، وهو كل عصبية واقع على طرف النسب، فلا تضرب على أب الجاني وابنه، كما لا تضرب على نفسه، وقد ورد فى الحديث: «وكان العصبية أحق به».

واختلفوا فى ثلاثة أمور:

أحدها: أن ابنها لو كان ابن [ابن] عمها، أو معتقه، فهل تضرب عليه؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن البنوة مانعة. والثانى: تضرب؛ لأنها ليست مانعة ولا موجبة كما فى ولاية النكاح فتجعل كالعدم.

الثانى: أن الأخ للأب والأم، هل يقدم على الأخ للأب؟، فيه قولان كما فى ولاية النكاح.

(١) الحديث عن أبى هريرة مرفوعاً، أخرجه البخارى (٦٩١٠، ٦٩٠٤، ٦٩٠٩)، من طرق. ومسلم (١٣٠٩/٣، ١٣١٠، ١٦٢٨١/٣٦)، وأبو داود (٤٥٧٦)، ومالك (٨٥٥/٢)، والنسائى (٤٨/٨)، والدارمى (١٩٧/٢)، والطيالسى (١٤٩٨)، وابن حبان (٥٩٨٨).

(٢) سبق الحديث عن معنى العاقلة، وهى الدية، مأخوذة من العقل، وسميت الدية عقلاً؛ لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولى المقتول، يقال: عقلت المقتول إذا أدبت ديتة، ومنه سمي العقل عقلاً؛ لأنه يجمع من الخطأ كما يجمع العقل الدابة من الذهاب. وأيضاً [العاقلة] جمع، عاقل؛ وهو دفع الدية، وعاقلة الرجل: عصيته، وهم القرابة من جهة الأب الذين يشتركون فى دفع الدية. أ. هـ. انظر: النظم المستعذب (٢٥٣/٢)، والمعجم الوسيط (٦١٦/٢).

الثالث: أن الترتيب يُرعى ولا يرقى إلى الأعمام ما لم يفصل عن الإخوة، ويرعى من لم يثبت له الميراث. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يُسوى بينهم.

الجهة الثانية: الولاء، فإذا لم تصادف عصباً ضربنا على معتق الجاني، فإن لم يكن فعصباته، ثم معتق المعتق، ثم عصباته، ثم معتق أب أب المعتق، ثم عصباته، ثم معتق جد المعتق، ثم عصباته، على هذا الترتيب كما في الميراث.

وهل يدخل ابن المعتق وأبوه ومن على عمود نسبه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما في النسب، ولما روى أن مولى صفية بنت عبد المطلب، رضى الله عنها، جنى، فقضى عمر، رضى الله عنه، بأرش الجنابة على عليّ، رضى الله عنه، ابن عمها، وقضى بالميراث لابنها الزبير، رضى الله عنه.

والثاني: أنه يضرب؛ لأن المعتق عاقلة، فيضرب على ابنه كما يضرب على ابن الأخ، بخلاف الجاني نفسه.

فروع: الأول: المرأة إذا اعتقت فلا تضرب عليها، بل يحمل عنها جنابة عتقها من يحمل جنابتها من عصباتها؛ كما يزوج عتيقها من يزوجه.

الثاني: لو أعتق جماعة عبداً، فهم كشخص واحد لا يلزم جميعهم أكثر من حصّة واحدة، وهونصف دينار، فإن كانوا ثلاثة فصحة كل واحدٍ السدس، فلو مات واحد وله إخوة فلا يجب على كل واحد من إخوته أكثر من السدس؛ إذ غايته أن يكون وحده نازلاً منزلة مورثه لو كان حياً.

الثالث: إذا فضل من المعتق نصيب، فلا يترقى إلى عصباته في حياته؛ لأن تحملهم بالولاء، وليس لهم ولاء في حياة المعتق، بخلاف ما إذا مات وله إخوة وأعمام، ففضل من إخوته شيء فيطالب الأعمام كما في النسب؛ لأن الولاء يورث به، فهو لحمة كلحمة النسب، ولكن يكون كذلك بعد موت المعتق، ولا يخلو الفرق بين المسألتين عن احتمال.

الرابع: العتيق، هل يتحمل العقل عن معتقه؟ وفيه قولان: أحدهما: نعم؛ لأن المنّة عليه أعظم، فهو بالنصرة أجدر. والثاني: لا؛ لأنه لا يرث، بخلاف المعتق.

فإن قلنا: يتحمل، فلو اجتمع المولى الأعلى والأسفل، ففعل تقديم الأعلى أولى.

الخامس: المستولد من عتيق وعتيقة يثبت الولاء عليه لموالى الأب ترجيحاً لجانب الأبوة، فلو تولد من عتيقة ورقيق، فالولاء لموالى الأم لانسداد جهة الأب؛ إذ لا ولاء عليه بعد.

فلو أعتق الأب انجر الولاء إلى موالى الأب وسقط ولاء موالى الأم. فلو جنى هذا الولد قبل جر الولاء فالعقل على موالى الأم، أعنى إذا مات المجنى عليه قبل الجر. فإن مات بعده فقدّر أرش الجناية على موالى الأم مع السراية إلى وقت الجر، وما حصل بعد الجر فعلى الجاني، فإنه كيف تضرب على موالى الأب وهو نتيجة جناية قبل الجر؟ وكيف تضرب على موالى الأم مع السراية وإنما حصل بعد الجر؟ وكيف تضرب على بيت المال، وفي الحالتين قد وجد من هو أولى منه؟.

وبالجملة، الضرب على العاقلة بخلاف القياس، فتسقط بالشبهة كالقصاص. ولو قيل: تضرب على بيت المال لم يكن بعيداً. فلو قطع اليدين قبل الجر، أو قطع اليدين والرجلين ثم مات بعد الجر: فعلى موالى الأم دية كاملة، ولا يبالى بقولهم: إن هذه دية نفس ذهبت بعد الجر؛ لأن المقصود أن لا تزيد عليهم لما بعد الجر شيئاً ومقدار الدية كان لازماً قبل الجر ولم يرد بعده شيء.

الجهة الثالثة: بيت مال المسلمين، فإنه مصب الموارث، فإذا لم نجد من عصبات النسب والولاء محلاً أو فضل منهم ضربنا على بيت المال، إلا إذا كان الجاني ذمياً، فإن لم يكن في بيت المال شيء رجعنا إلى الجاني وضربنا عليه. هذا حكم الجهات.

أما الصفات: يشترط فيمن تضرب عليه: التكليف، والذكورة، والموافقة في الدين واليسار. ولا تضرب على مجنون، وصبي، وامرأة وإن كانت معتقة؛ لأنهم ليسوا أهل النصر بالسيف. وفي الزمن الموسر وجهان؛ لأنه يحكم عجز الحال، يضاهى النساء.

ونعني بموافقة الدين أنه لا يتحمل مسلم عن كافر، ولا كافر عن مسلم. وهل يتحمل اليهودى عن النصراني؟ فعلى قولين، منشؤهما: أن التوارث موجود، والتناسل معدوم.

وتضرب جناية الذمى على عاقلته الذميين دون أهل الحرب فإنهم كالمعدومين. وتضرب على المعاهدين، فإن زادت عهودهم على أجل الدية: فإن بقى سنة أخذنا حصة تلك السنة، فإن لم نجد أوجبنا على الجاني دون بيت المال؛ لأن بيت المال لا يرثه ويرث المسلم. نعم، الذمى إذا مات فماله من الخمس.

وأما اليسار فشرط، ولا تضرب على فقير وإن كان معتملاً. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يكلف للمعتمل الكسب.

ثم على الغنى نصف دينار، ولا يزداد عليه، وهو أول درجة المواساة في الزكاة. وعلى المتوسط نصف ذلك، وهو ربع دينار.

ونعني بالغنى من ملك عشرين ديناراً عند آخر السنة التى هى أصل الدية، وليكن ذلك فاضلاً عن مسكنه وثيابه وكل ما لا يحسب فى الغنى فى الكفارات المرتبة.

والمتوسط من جاوز حد الفقير، وهو الذى ملك شيئاً فاضلاً عن حاجته ناقصاً عن عشرين ديناراً، وليكن ذلك أكثر من ربع دينار حتى لا يرده أخذه منه إلى حد الفقير.

وإنما يعتبر اليسار آخر السنة، فلو طرأ اليسار بعدها، أو كان قبلها: فلا التفات إليه.

الركن الثانى: فى كيفية الضرب على العاقلة

والنظر فى القدر، والترتيب، والأجل:

أما القدر: فلا يزداد على النصف والربع فى حق الغنى والمتوسط، ولكنه حصّة سنة واحدة؟ أو حصّة للسنتين الثلاث؟ فيه وجهان

وكل ما قل وكثر مضروب على العاقلة. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: ما دون أرش الموضحة لا يعقل. وفى القديم: قول أنه لا يحمل ما دون ثلث الدية. وقول: أنه لا يحمل إلا بدل النفس، وهما مهجوران.

فإن كان أرش الجناية نصف دينار، والعاقلة مائة مثلاً، فقيه وجهان: أحدهما: أن القاضى يعين واحداً برأيه؛ إذ توزيعه يؤدى إلى مطالبة كل واحد بما لا يتمول. والثانى: أنه يوزع عليهم، وعليهم تحصيل نصف دينار مشتركاً بينهم.

وإن كثر الواجب وقلت العاقلة بدأنا بالإخوة، فإن فضل منهم شيء بعد أداء كل واحد منهم النصف أو الربع ترقينا إلى بنى الإخوة، ثم إلى الأعمام على الترتيب، فإن فضل عن العصابات طالبنا المعتق. فإن فضل عنه شيء لم يضرب على عصابته فى جنائية؛ إذ لا ولاء لهم، وفى موته يسلك بعصابته مسلك عصابات الجاني، فإن لم نجد من جهة الولاء والقرابة أخذنا البقية آخر السنة من بيت المال، ونفعل كذلك بحصة السنة الثانية. ولا يبعد أن يتحمل فى السنة الثانية من لم يتحمل فى السنة الأولى لعذر صغير أو فقر.

ثم إن لم يكن فى بيت المال شيء، ففى الرجوع إلى الجاني وجهان ينبينان على أن الرجوع يلاقيه أم لا؟. وقيل: إنه يتبنى على أنه إن ظهر يسار لبيت المال بعد المدة، فهل يؤخذ منه؟ وهذا البناء أولى؛ فإننا لو قلنا: لا يتعلق ببيت المال ولا يرجع إلى الجاني، كان ذلك تعطيلاً. وقطع القاضى بأنه لا يضرب على الجاني، وذكر فى فطرة الزوجة الموسرة عند إعسار الزوج وجهين. والفرق عسير، والوجه: التسوية فى الرجوع عند العجز عن التحمل، كيف وقد قطع الأصحاب بالرجوع إلى الجاني فى مسألتين:

إحداهما: الذمى إذا لم يكن له عاقلة. والثانية: إذا أقر الجاني بالخطأ ونكر العاقلة

ولايته طوب الجاني. والفرق عسير. وغاية الممكن توقع يسار بيت المال في حق المسلم الذي تثبت عليه الجنابة بالينة، بخلاف ما إذا أنكر العاقلة، فإن إقرارهم بعيد، والذمى لا يتوقع له متحمل؛ إذ لا تتعلق جنايته ببيت المال.

فروع: لو اعترف العاقلة بعد أداء الجاني فإن قلنا: الوجوب يلاقيه، رجع على العاقلة، وإن قلنا: لا يلاقيه استرد ما آذاه وطالب المجنى عليه العاقلة.

أما الأجل: فمائة من الإبل، إذا وجبت في النفس، مضروبة في ثلاث سنين وفاقاً، يؤخذ في آخر كل سنة ثلثها. فمنهم من قال: علته أنه بدل النفس حتى زاد عليه في عبد قيمته مائتان من الإبل، وقلنا: تحمل، أو نقص في عبد خسيس أو غرة جنين: فتضرب أيضاً في ثلاث سنين. ومنهم من قال: علته القدر، فقيمة العبد إذا كان مائتين من الإبل تضرب في ثلاث سنين.

ودية اليهودي والنصراني في سنة واحدة، ودية المرأة في سنتين، ودية المحوسى وغرة الجنين في سنة واحدة؛ لأن السنة لا تتجزأ.

فروع: الأول: لو قتل واحد ثلاثة، واجتمع على عاقلته ثلاثمائة من الإبل: فمنهم من قال: إن نظرنا إلى القدر، فتضرب هنا في تسع سنين، وإن نظرنا إلى النفس فوجهان؛ إذ لا يبعد أن تزيد النفوس المتعددة على نفس واحدة. ومنهم من عكس وقال: إن نظرت إلى النفس ففي ثلاث سنين، وإن نظرنا إلى القدر فوجهان، ووجه الاقتصار: أن كل دية متميزة عن غيرها، وأجال الديون المختلفة تتساوى ولا تتعاقب.

فإن ضربنا في تسع سنين، فإذا تمت السنة الأولى أخذ ثلث دية واحدة ووزع على أولياء القتلى. وكذا آخر كل سنة.

فإن اختلف ابتداء التواريخ: فإذا تم حول الأول أخذ ثلث الدية وسلم إلى ولي القتل الأول، فإذا تم حول الثاني ثم حول الثالث فكذلك يفعل؛ فيتم ثلث دية واحدة في ثلاثة أوقات، وهكذا نفعل في تسع سنين.

الثاني: ثلاثة قتلوا واحداً، فالصحيح: أن الدية تضرب على العواقل، على كل عاقلة ثلثها، ويؤدى ذلك الثلث في ثلاث سنين، وكأنهم عاقلة واحدة؛ لأن المستحق واحد. وقيل: تضرب في سنة؛ نظراً إلى المستحق عليه.

الثالث: دية إحدى يدي المسلم، تضرب في سنتين؛ إذ لم يكمل القدر ولا هو بدل النفس. ودية اليدين كدية النفس من كل إنسان، ودية يدي المرأة كنفسها. ولو قطع يدي رجلٍ ورجليه فوجهان:

أحدهما: أنه تضرب في ست سنين، وهو نظر إلى القدر، ومن نظر إلى النفس شبه هذا بنفسين وقد ذكرنا فيه وجهين، وفي الأطراف وجه: أن بدلها كيفما كان تضرب في سنة واحدة، وهو بعيد

الرابع: من مات في أثناء السنة، أو أعسر في آخر السنة، فكأنه لم يكن ولا يلزمه شيء من حصة تلك السنة؛ تشبيهاً له بتلف نصاب الزكاة في أثناء الحول. والذمي إذا مات في أثناء الحول، ففي حصته من الجزية وجهان؛ لأن فيه مشابهة الأجرة.

الخامس: غيبة بعض العصابات في آخر الحول، هل يكون كعدمهم؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ إذ يعسر تحصيلها منهم، فتضرب على الباقي، وعلى هذا، تعتبر غيبة لا يمكن تحصيل المال بالمكاتبة إلى القاضى في مدة سنة. والثاني: أنه تضرب عليه وتُحصل على حسب الإمكان، وهو القياس.

السادس: أول الحول يحسب من وقت الرفع إلى القاضى، سواء شعر به العاقلة أو لم تشعر، ولم يحسب من وقت الجناية؛ لأن هذه مدة تناط بالاجتهاد.

ولو رفعت جناية إلى القاضى، ثم تولد سراية بعد الرفع، فأرش السراية ولا يحسب من وقت الجناية، بل من وقت السراية.

السابع: إذا جنى العبد، فأرشه يتعلق برقبته، ولا يتعلق بسيده ولا بعاقلته. وهل يتعلق بذمته حتى يطالب بعد العتق؟ فيه قولان، والأقيس: أن يتعلق به.

ثم هل يصح ضمانه؟ فيه وجهان، منشؤهما: ضعف هذا التعلق. والأصح: صحته؛ كما في المعسر. ومعنى التعلق برقبته: أن يباع ويصرف ثمنه إلى الجناية. فلو منع السيد واختار الفداء فله ذلك، وفي الواجب عليه قولان:

أحدهما: أقل الأمرين من الأرض أو قيمة العبد؛ لأنه لم يمنع إلا من العبد. والثاني: يلزمه كمال الأرض؛ لأن المجنى عليه ربما يقول: ربما أجد زبونا يشتري بالزيادة.

فعلى هذا، لو قتل السيد، أو أعتقه، اقتصر منه على القيمة في أحد الوجهين كما لو قتل الأجنبي؛ إذ فات الطمع في الزبون. وقيل: يلزمه كمال الأرض كما إذا أمسكه.

وإن جنت المستولدة، فالسيد عانع بالاستيلاء السابق؛ فعليه أقل الأمرين؛ إذ لا طمع في زبون يشتري. وقيل بطرد القولين.

فلو جنت المستولدة مراراً ولم يتخلل الفداء فهي كجنابة واحدة؛ فتجمع ويلزم

السيد أقل الأمرين. وإن تخلل الفداء فهذا فى القن يقتضى فداءً جديداً؛ لأنه مانع. يمنع جديد. وفى المستولدة قولان؛ لأن المنع متحد، فإن قلنا: لا يتكرر الفداء، فيسترد ما سلم إلى الأول ويوزع عليهما، ولا يستبعد هذا كما لو حفر بئراً فتردى فيه إنسان فصرفت تركته إلى ضمانته، فتردى فيه إنسان آخر فإنه يسترد ويوزع.

فروع: لو قال السيد: اخترت فداء العبد، فهل يلزمه أم يبقى على حريته؟ فيه وجهان. ولو وطئ الجارية الجانية، هل يكون اختياراً للفداء كالوطء فى زمان الخيار؟ فيه وجهان، والأصح: أنه يبقى على خيرته ما لم يرد الفداء، وأن الوطء لا يكون اختياراً.

القسم الرابع من الكتاب: فى دية الجنين

وقد قضى رسول الله ﷺ بغرة: عبد أو أمه على العاقلة، فقالوا: كيف نفدى من لا شرب ولا أكل، ولا صاح ولا استهل؛ ومثل ذلك يُطل^(١)، فقال عليه السلام: «أسجعا كسجع الجاهلية؟! وقضى بالغرة»^(٢).

والنظر فيه ثلاثة أطراف: الموجب، والموجب فيه، والواجب.

الطرف الأول: فى موجب الغرة

وهى جنابة توجب انفصال الجنين ميتاً، فإن انفصل حيّاً ثم مات من أثر الجنابة: وجب دية كاملة، سواء كانت الحياة مستقرة أو كان حركة المذبح سواء كان قبل ستة أشهر، ولا تدوم تلك الحياة، أو بعده؛ لأن الحياة صارت مستيقنة. بل نزيد فنقول: من حز رقبة مثل هذا الجنين، وهو فى حركة المذبحين، أو أجهض لدون ستة أشهر، فعليه القصاص، إلا إذا كان ذلك من أثر جنابة سابقة، وهو كفرنا بين المريض المشرف على الهلاك وبين قتل من أشرف على الهلاك بجنابة.

ومهما صار إلى حركة المذبحين بجنابة، فحز غير الجنانى رقبته فالدية على الجنانى، وقال المزنى، رحمه الله: لا تتم الدية فى جنين انفصل قبل ستة أشهر ولا يجب فيه القصاص؛ لأنه منع للحياة لا قطع لها؛ فإن هذه الحياة لا يتوهم استقرارها.

ولو ماتت الأم ولم ينفصل الجنين: فلا غرة؛ إذ لا تثيق حياة الجنين ولا وجوده. ولو

(١) طَلَّ دم القَتِيل: طَلًّا، وطلّولاً: هدر وبطل ولم يُثَار به ولم تؤخذ ديتة. انظر: المعجم الوسيط (٥٦٤/٢)، والمصباح المنير (٥٧٦/٢).

(٢) هذا من حديث: ابن عباس، والمغيرة بن شعبة مرفوعاً، أخرجه مسلم (١٦٨٢)، وأبو داود (٤٥٦٨)، والنسائى (٤٩/٨)، والترمذى (١٤١١)، وابن ماجه (٢٦٤٠).

وعند أحمد (٢٤٦/٤)، بلفظ: سجع مثل سجع الأعراب (٢٤٦/٢).

انفصل ميتاً، وهي حية أو ميتة، وجب الغرة^(١)، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يحال موته

(١) سبق تفسير الغرة في اللغة: وهي بالضم العبد والأمة، أما اصطلاحاً: فقد اختلف العلماء في ذلك. قال الشوكاني (٧/٧٠)، الغرة: بضم الغين المعجمة وتشديد الراء، وأصلها البياض في وجه الفرس. قال الجوهري: كأنه عبر بالغرة عن الجسم كله كما قالوا: أعتق رقبة وقوله [عبد أو أمة] تفسير للغرة، وقد اختلف هل لفظ غرة مضاف إلى عبد أو منون. قال الإسماعيلي: قرأه العامة بالإضافة وغيرهم بالتونين. وحكى القاضي عياض الاختلاف وقال: التنوين أوجه لأنه بيان للغرة ما هي وتوجيه الإضافة أن الشيء قد يضاف إلى نفسه لكنه نادر. قال المبجى: يحتمل أن تكون أو شكاً من الراوى في تلك الواقعة المخصوصة ويحتمل أن تكون للتوسيع وهو الأطهر، قال في الفتح قيل: المرفوع من الحديث قوله بغرة وأما قوله عبد أو أمة فشك من الراوى في المراد بها. وروى عن أبي عمرو بن العلاء أنه قال: الغرة عبد أبيض أو أمة بيضاء فلا يجوز عنده في دية الجنين الرقية السوداء، وذلك منه مراعاة لأصل الاشتقاق وقد شذ بذلك فإن سائر أهل العلم يقولون بالجواز.

وقال مالك: الحمران أولى من السودان. قال في الفتح: وفي رواية ابن أبي عاصم [ما له عبد ولا أمة قال: عشر من الإبل قالوا: ما له شيء إلا أن تعينه من صدقة بنى لحيان فأعانه بها] وفي حديثه عند الحرث بن أبي أسامة: [وفي الجنين غرة عبد أو أمة أو عشر من الإبل أو مائة شاة] ووقع في حديث أبي هريرة قضى رسول الله ﷺ [في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل] وكذا وقع عند عبد الرزاق عن حمل من النابغة [قضى رسول الله ﷺ بالدية في امرأة وفي الجنين غرة عبد أو أمة أو فرس] وأشار البيهقي إلى أن ذكر الفرس في المرفوع وهم وأن ذلك أدرج من بعض روايته على سبيل التفسير للغرة وذكر أنه في رواية حماد بن زيد، عن عمرو بن دينار، عن طاروس، بلفظ [فقضى أن في الجنين غرة] قال طاروس: الفرس غرة وكذا أعرج الإسماعيلي، عن عروة قال: الفرس غرة وكأنهما رأيا أن الفرس أحق بإطلاق الغرة من الآدمي.

ونقل ابن المنذر والخطابي، عن طاروس ومجاهد وعروة بن الزبير الغرة عبد أو أمة أو فرس وتوسع دود ومن تبعه من أهل الظاهر فقالوا: يجوز كل ما وقع عليه اسم غرة. وحكى في الفتح عن الجمهور أن أقل ما يجوز من العبد والأمة ما سلم من العيوب التي يثبت بها الرد في البيع؛ لأن المعيب ليس من الخيار. واستنبط الشافعي من ذلك أن يكون منتفعاً به بشرط أن لا ينقص عن سبع سنين؛ لأن من لم يبلغها لا يستقل غالباً بنفسه فيحتاج إلى التعهد بالتربية فلا يجبر المستحق على أخذه ووافقه على ذلك القاسمية. وأخذ بعضهم من لفظ [العلام] المذكور في رواية أن لا يريد على خمس عشرة ولا تزيد الجارية على عشرين. وقال ابن دقيق العيد: إنه يحرى ولو منع الستين وكثر منها ما لم يصل إلى سن الهرم ورحمه الحافظ وذهب الباقر والصادق والناصر في أحد أقواله إلى أن الغرة عشر الدية. وخالفهم في ذلك الجمهور وقالوا: العرة ما ذكر في الحديث. قال في الفتح: وتطلق الغرة على الشيء النفيس آدمياً كان أم غيره ذكرًا أم أنثى وقيل: أطلق على الآدمي غرة؛ لأنه أشرف الحيوان فإن محل الغرة الوجه وهو أشرف الأعضاء. قال في البحر: واشتقاقها من غرة الشيء أي خياره. وفي القاموس: والغرة بالضم العبد والأمة

على موت الأم. وعندنا مجال كلاهما على الجناية.

ثم اختلفوا في أن المعتبر، انكشاف الجنين أو انفصاله؟ حتى لو خرج رأسه وماتت الأم كذلك، ففي وجوب الغرة وجهان: أحدهما: يجب؛ إذ تحقق وجوده بالانكشاف. والثاني: لا؛ إذ لم ينفصل.

وكذا لو قادت المرأة بنصفين وشاهدنا الجنين في بطنها فهو على هذين الوجهين.

وعلى هذا، لو خرج رأسه وصاح فحزت رقبته ففي وجوب القصاص وجهان؛ بناءً على أن هذا الانفصال هل يعتد به؟. ولو أُلقت يداً واحدة وماتت ولم تلق شيئاً آخر: وجبت الغرة؛ إذ تيقنا وجود الجنين بانفصال العضو. ولو أُلقت رأسين أو أربعة أيدي لم نزد على غرة واحدة؛ لاحتمال أن يكون الجنين واحداً. ولو أُلقت بدنين فغرتان. وقد أخبر الشافعي، رضى الله عنه، بامرأة لها رأسان، فنكحها بمائة دينار ونظر إليها وطلقها. ولو أُلقت يداً، ثم أُلقت جنيناً ميتاً سليم اليدين لم نزد على غرة؛ لاحتمال أنها كانت زائدة فسقطت وانمحي أثرها.

ولو انفصل جنين حياً ساقط اليدين وجبت دية تامة. وإن كان صحيح اليدين وأُلقت معه يداً: وجبت حكومة لتلك اليد. فإن قيل: فلو تنازع المرأة والجاني؟ قلنا: إن تنازعا في أصل الجناية أو الإجهاض، فالقول قوله ولا يثبت الإجهاض إلا بشهادة القوابل.

وإن اعترف بها، ولكن قال: لم يكن الإجهاض بالجنابة: فإن كانت متألمة ذات فراشٍ إلى الإجهاض فالقول قولها، وإلا فهو نزاع في سرية الجراحة.

ولو سلم جميع ذلك، ولكن قالت المرأة: انفصل حياً ثم مات؛ فعليك كمال الدية، وقال الجاني: بل انفصل ميتاً فعلى غرة، فالقول قوله، وعليها إثبات الحياة، وثبتت بشهادة النسوة وإن لم تدم الحياة؛ لأن شهادة الرجال لا تمكن.

ولو سلم الانفصال حياً بالجنابة ولكن قال: مات بسبب آخر أو مات بالطلق: فإن لم يكن على الجنين أثر الحياة فالقول قوله؛ إذ الطلق سبب ظاهر، وإن كان عليه أثر الحياة فالقول قولها.

الطرف الثاني: في الموجب فيه

وهو الجنين، وتعنى به ما بدأ فيه التخطيط والتخليق ولو في طرفٍ من الأطراف على وجه تدركه القوابل وإن لم يدركه غيره.

فإن أسقط قبل التخطيط مضغةً أو علقةً، لم يلزمه به شيء على الأصح. هذا في أصل الجنين.

أما صفته: فإن كان حرًا مسلمًا ففيه غرة؛ إذ فيه ورد الخبر. وإن كان كافرًا فثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يجب شيء؛ إذ في إيجابه تسوية بينه وبين المسلم، والتجزئة غير ممكن؛ لأن قيمة الغرة غير مقدرة. والثاني: أنه يجب ثلث الغرة، وفي الجنين المجوسى ثلث خمس الغرة، وهؤلاء يقولون: ولتكن قيمة الغرة ما تساوى خمسًا من الإبل أو خمسين دينارًا. والثالث: أنه تجب الغرة ولا نبالي بالتسوية.

فرعان على قولنا بالتفاوت:

أحدهما: المتولد من نصراني أو مجوسى فيه ثلاثة أوجه: أحدها: أننا نأخذ بأخف الدينين. والآخر: أننا نأخذ بالأغلظ. والثالث: أننا نعتبر جانب الأب.

الفرع الثاني: أن المرعى حالة الانفصال في المقدار، فلو جنى على ذمية فأسلمت وأجهضت، فالواجب غرة كاملة، وكذلك في طرآن العتق. ولو جنى على بطن حربية فأسلمت وأجهضت، ففي أصل ضمان الجنين وجهان يضاهى الوجهين فيما إذا رمى إلى حربى فأسلم قبل الإصابة، وكان وصول الجنانية إلى الجنين بالانفصال.

أما الجنين الرقيق، فلا يكون إلا في بطن الرقيقة، وفيه إذا سقط ميتًا بالجنانية، عشر قيمة الأم، فإن بدل الغرة خمس من الإبل وهي عشر الخمسين التي هي دية الأم. وجراح الرقيق من قيمته كجراح الحر من ديته.

وهذا قد يُفضى إلى تفضيل الميت على الحي، إذ لو أسقط حيًا، ثم مات ربما لم يلزم إلا دينار، وهو قيمته، وإذا سقط ميتًا فعشر قيمة الأم، وربما كان مائة، لكن سلك في هذا الاعتبار به مسلك الأعضاء، فلا يقاس بحال الاستقلال، ومع هذا، فالواجب مثل عشر قيمة الأم، لا عشر قيمه الأم ولذلك يصرف إلى ورثة الجنين، ولا تختص الأم باستحقاقها.

ثم إنما يرعى قيمة الأم عند الجنانية؛ لأنه أغلظ الأحوال كما إذا جنى على عبد فمات بالسراية، إذ يلزم أقصى القيم من وقت الجنانية إلى الموت، وقال المزني، رحمه الله: يعتبر وقت الانفصال كما في حرته وإسلامه.

فرعان: الأول: إذا انفصل جنين الرقيق سليمًا، والأم مقطوعة الأطراف، فوجهان:

أحدهما: أننا نوجب عشر قيمة الأم سليمة الأطراف ونكسوها صفة السلامة تقديرًا كما نكسوها الحرية والإسلام إذا كان الجنين حرًا مسلمًا.

والثاني: أن السلامة لا تقدر؛ لأنه أمر خلقي؛ ولأن سلامة أطراف الجنين لا يوثق بها، بخلاف الحرية والإسلام. فلو كان الجنين ناقص الأطراف فتقدير نقصان الأم أبعد؛ إذ ربما نقص الجنين بالجنانية.

الثاني: خلف رجل زوجةً إحملاً، وأخاً لأب، وعبدًا قيمته عشرون ديناراً، فجنى العبد على بطنها فأجهضت، وتعلق برقبتة غرة قيمتها ستون ديناراً: فالمرأة تستحق من الغرة ثلثاً وهو عشرون، فقد ضاع منه الربع؛ إذ ربع الجاني ملكها، ولا يستحق المالك على ملك نفسه شيئاً، وثلاثة أرباع حقها، وهو خمسة عشر، تتعلق بنصيب الأخ، ونصيبه يساوي خمسة عشر، فإن له ثلاثة أرباع العبد. وأما الأخ استحق ثلثي الغرة وهي أربعون، وضاع ثلاثة أرباعه؛ لأن ثلاثة أرباع الجاني ملكه، فيبقى سدس الغرة متعلقة بنصيب المرأة، ونصيبها ربع العبد وهو خمسة، فإذا سلم العبد ضاع الخمسة الفاضلة. وعلى هذا تقاس حناية العبد المشترك على المال المشترك بين سيده إذا كان بين الحصتين تفاوت، إما في العبد والمال أو في أحدهما.

الطرف الثالث: في صفة الغرة

ويراعى فيه ثلاثة أمور:

الأول: السلامة من كل عيب يثبت الرد في البيع. ولا تراعى خصال الضحايا والكفارة؛ لأن هذا جبر مال.

الثاني: السن، ولا يقبل ما دون سبع أو ثمان؛ لأنه كل على أخذه، وفي جهة الكبير لا يؤخذ ما جاوز العشرين في الجارية وجاوز الخمسة عشر في الغلام؛ لأنه لا يعد من الخيار الغرة، والواجب غرة: عبد أو أمة. وقيل: المانع في جهة الكبير هو الهرم المضعف للمنة^(١).

الثالث: نفاسة القيمة، وفيه وجهان: أحدهما: لا يعتبر، بل السليم من هذا السن يقبل وإن كان قيمته ديناراً. والثاني: لا يقبل إلا ما تعدل قيمته حمساً من الإبل، أو خمسين ديناراً، فإن الخمس من الإبل يرجع إليه عند عدم الغرة ولا ينقص المبدل عن البذل؛ ولأنه لو لم يتقدر لعسر الفرق بين المسلم والكافر كما سبق.

فإن قيل: فلو فقدت الغرة؟ قلنا: في بدلها قولان:

الجديد: أنه خمس من الإبل، ولا يمكن أن يعرف هذا إلا بالتوقيف، ولعله ورد؛ إذ هو مأخذ ومعتمد الفريقين في النسبة في الجنين الرقيق. فإن فقدت الإبل أيضاً فهو كإبل الدية.

والقول القديم: أن بدل الغرة قيمتها. فإن قيل: فالغرة لمن، وعلى من؟ قلنا: لو ارث الجنين، وهو الأم والعصبة. وعلى عاقلة الجاني ولا يمكن أن تكون على الجاني؛ لأن

(١) المنة: القوة، يقال: ليس قلبه منه جمع من، انظر: المعجم الوسيط (٢/٨٨٩).

العمد غير متصور فيه؛ إذ لا يتيقن جنائية بحال. فإن كان عدد العاقلة لا يفي إلا بالنصف، فعليهم نصف قيمة الغرة، لا قيمة نصف الغرة، وبينهما فرق؛ إذ الغرة ربما تسوى ألفاً، والنصف يؤخذ بأربعمائة، فالواجب خمسمائة كاملة، وهو نصف الكل.

فرع: إذا بقى على الأم شين وجراحة، ضُم إلى الغرة حكومة لها، فإن لم يكن إلا الألم اندرج تحت الغرة.

هذا تمام النظر في الدية والقصاص من موجبات القتل، فلنذكر الموجب الثالث وهى الكفارة.

* * *

كتاب كفارة القتل

وهي تحرير رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصوم شهرين^(١)، ولا مدخل للطعام فيه، ولا يقاس على كفارة الظهار؛ لأن الآية فصلت الأمرين جميعاً، وفرق بينهما، لا كالرقبة في الظهار، فإنها أطلقت، فجاز أن يقاس على النص في القتل. وحكى صاحب «التقريب» وجهاً في القتل: أن الإطعام يثبت فيه قياساً على الظهار.

ثم على المذهب، لو مات قبل الصوم، فيخرج عن كل يوم مُدًّا، لا بطريق كون الإطعام بدلاً لكن كما يخرج عن صوم رمضان.

هذا صفة الواجب، فأما الموجب فأركانه ثلاثة: القتل، والقاتل، والقَتِيل.

أما القتل: فهو كل قتل غير مباح، فتجب بالسبب والمباشرة، وحفر البئر، والخطأ والعمد، ولا تجب في قتل الصائل والباغي ومن عليه القصاص، والرجم؛ لأنه مباح، والخطأ ليس بمباح وإن لم يكن محرماً أيضاً.

وأما القاتل: فشرطه أن يكون ملتزماً حياً، فلا تجب على الحربي، وتجب على الذمي والصبي والمجنون.

ولو جامع الصبي في نهار رمضان فلا كفارة؛ إذ لا عدوان، والعدوان ليس بشرط في القتل.

وفي كفارات الإحرام وجهان؛ لأنها نتيجة عبادة بدنية وقد صححت منه العبادة البدنية. وفي صحة صومه عن الكفارة قبل البلوغ وجهان؛ لأنها عبادة بدنية، ولكن لزم في الصبي.

وأما «الحى» فاحترزنا به عمن حفر بئراً فتردى فيها بعد موته إنسان، ففي وجوب الكفارة في تركته وجهان، ووجه الإسقاط: أن الكفارة عبادة بدنية فلا ينشأ وجوبها بعد الموت. وعليه يبنى الخلاف في أن من قتل نفسه، هل تخرج كفارته من تركته؟ ولغلبة شائبة العبادة قضينا بأن جماعة إذا اشتركوا في قتل واحد، فعلى كل واحد كفارة كاملة. وفيه وجه: أنها تتجزأ كما في جزاء الصيد.

(١) ودليله قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ٩٢].

أما القتل: فشرطه أن يكون آدمياً معصوماً، والجنين آدمي. وخرج منه الأطراف والبهائم، ودخل تحت المعصوم الذمي والمعاهد. والعبد إذا قتله السيد لزمته الكفارة. وخرج منه الحربي والنساء والذراري من الكفار؛ إذ لا عاصم، والامتناع من قتلهم لمصلحة المال.

ودخل تحته المسلم في دار الحرب كيفما قُتل. نعم، الدية قد تسقط قطعاً مهما رمى إلى الكفار ولم يعلم أن فيهم مسلماً فأصاب مسلماً. لو علم أن فيهم مسلماً، وقصد الكافر فأصاب المسلم، وجبت الدية قطعاً. ولو قصد شخصاً معيناً ظنه كافراً، وكان قد أسلم قبله وبقي على زي الكفار، ففي الدية قولان، وطرد الشيخ أبو محمد القولين فيما إذا علم أن فيهم مسلماً ولكن مال السهم إلى غير من قصد.

هذا تمام النظر في موجبات القتل، فلنخصص في الحجاج المثبتة له كتاب «دعوى الدم، والقسامة، والشهادة فيه».

* * *

كتاب دعوى الدم، والقسامة^(١)، والشهادة فيه

فهذه ثلاثة أمور:

الأول: الدعوى

ولها خمسة شروط:

الأول: أن تكون متعلقة بشخص معين؛ فلو قال: قُتل أبى، لم تُسمع. ولو قال: قُتل هؤلاء جميعاً، وتصور اجتماعهم على القتل: قُبل. ولو قال: أحد هؤلاء العشرة، ولا أعرف عينه، فوجهان: أحدهما: لا تُسمع؛ للإيهام. والثاني: تُسمع؛ للحاجة ولا ضرر على المدعى عليه، بل كل واحد يقدر على يمين صادقة، لكنهم لو نكلوا^(٢) بأجمعهم أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة.

والوجهان يجريان فى دعوى الغصب والإتلاف والسرقة، ولا يجرى فى الإقرار والبيع إذا قال: نسيت؛ لأنه مقصر. وقيل: يجرى فى المعاملات. وقيل: لا يجرى إلا فى الدم. الثاني: أن تكون الدعوى مفصلة فى كون القتل عمداً أو خطأ، انفراداً أو شركة، فإن أجمل دعواه: استفصل القاضى، وقيل: يعرض عنه؛ لأن الاستفصال تلقين، وهو ضعيف.

فروع: لو قال: قتل هذا أبى مع جماعة، ولم يذكر عددهم: فإن كان مطلوبه المال لم تصح الدعوى؛ لأن حصة المدعى عليه إنما تبين بحصة الشركاء. وإن كان مطلوبه الدم، وقتلنا: يوجب العمد القود المحض فالظاهر صحته.

وإن قلنا: أحدهما لا بعينه، فوجهان. الثالث: أن يكون المدعى مكلفاً ملتزماً حالة الدعوى، وكونه صبيّاً أو مجنوناً أو جنيماً حالة القتل لا يضره؛ إذ يعرف ذلك بالتسامع.

الرابع: أن يكون المدعى عليه مكلفاً؛ فلا دعوى على صبي ولا مجنون. وتصح الدعوى على السفهه فيما ينفذ به إقراره كالقصاص. وبإقراره بإتلاف المال قولان.

فإن رددناه سمعنا الدعوى لينكر فيقيم البينة. وهل تعرض اليمين إذا أنكر؟ إن قلنا:

(١) القسامة فى اللغة: مأخوذة من القَسَم، وهو اليمين، والقسامة: الأيمان تقسم على أولياء القتل إذا ادعوا الدم، يقال: قتل فلان بالقسامة إذا اجتمعت جماعة من أولياء القتل، فادعوا على رجل أنه قتل صاحبهم، ومعهم دليل، دون البينة، فحلفوا خمسين يمينا أن المدعى عليه قتل صاحبهم. وفى الاصطلاح: هى الأيمان المكررة فى دعوى القتل. انظر: المعجم الوسيط (٢/٧٣٥).

(٢) النكول: الامتناع.

إن اليمين المردودة كالبينة: تعرض عليه رجاء النكول. وإن قلنا: كإقرار، فلا فائدة في نكوله. ولكن هل تعرض اليمين؛ فعساه يحلف فتقطع الخصومة في الحال؟ فيه وجهان، الأصح: أنه تعرض.

الخامس: أن تنفك الدعوى عما يُكذِّبها، فلو ادعى على شخص أنه منفرد بقتل أبي، ثم ادعى على غيره بأنه شريك: لم تسمع الثانية؛ لأن الأولى تكذبه. فإن أقر الثاني، وقال المدعى: كذبت في الأولى، أو أخطأت، فالصحيح: أن له مؤاخذته؛ لأن الغلط ممكن والحق لا يعلوهما.

ولو ادعى العمد واستفسر فذكر ما ليس بعمد، قضى بطلان دعواه لأصل القتل وجهان، الأظهر: أنه لا تبطل؛ لأن الكذب في التفصيل ليس من ضرورة الكذب في الأصل.

ولو قال: ظلمته فيما أخذت، فنستفصله، فإن قال: كنت كاذباً في دعواي، استرد المال. وإن قال: أخذت بالقسامة وأنا حنفي، لا يسترد؛ إذ لا يعتبر في الأحكام رأى الخصمين بل رأى الحاكم.

النظر الثاني: في القسامة

والنظر في أربعة أركان:

الأول: بيان مظهره

وهو قتل الحر في محل اللوث^(١)؛ فلا قسامة في الأموال والأطراف؛ لأن البداية بالمدعى وتعدد اليمين حمسين: خارج عن القياس ثبت لحرمة الدم؛ فلا يقاس عليه الطرف والمال. وفي قتل العبد قولان؛ لتردده بين الدم والمال. وإذا جرح مسلماً فارتد ومات وقلنا: الواجب بعض الدية، جرت القسامة فيه؛ لأنه بعض بدل الدم.

وأما اللوث، فنعني به علامة تغلب على الظن صدق المدعى، وهو نوعان: قرينة حال، وإخبار.

أما الحال: فهو أن يصادف قتيلاً في محلة بينه وبينهم عداوة، أو دخل عليهم ضيف فوجد قتيلاً، أو تفرق جماعة محصورون عن قتيلاً، أو تفرق صفان متقاتلان عن قتيلاً في صف الخصم، أو وجد قتيلاً في الصحراء وعلى رأسه رجل ومعه سكين متضمنخ بالدم، فهذا وأمثاله هو اللوث. وقول المحروح: قتلني فلان، ليس بلوث؛ لأنه مدع، خلاف

(١) [اللوث]: شبهة الدلالة على حدث من الأحداث ولا يكون بينة تامة. يقال: لم يُقَمَّ على اتهام فلان إلا لوث. انظر: المعجم الوسيط (١/٨٤٤).

لمالك، رحمه الله.

وأما الإخبار، فشهادة عدل واحد، تقبل شهادته، لوث. وكذا من تقبل روايته على الأقيس. وقيل: لا بد في النسوان والعبيد من عدد.

وأما العدد من الصبية والفسقة، ففيهم خلاف؛ لأنه يحصل بقولهم ظن، لكن الشرع لا يلتفت إليه، فيضاهي، من أوجه، قرينة عدالة المدعى في صدق لهجته. وأما مسقطات اللوث خمسة:

الأول: أن يتعذر إظهاره عند القاضي، فلا فائدة فيما ينفرد المدعى بدعواه. نعم، لو ظهر عند القاضي لوث على جميع، فللمدعى أن يعين شخصاً منهم؛ إذ يعسر إثبات اللوث في المعين ولو كان اللوث في قتيل خيبر متعلقاً بجميع اليهود. نعم، لو قال: القاتل واحد منهم ولست أعرفه، لم تمكنه القسامة.

فإن حلفوا إلا واحداً كان نكوله لوثاً، فيجوز له أن يحلف على تعيينه. فلو نكل جميعهم وأراد أن يعين واحداً وزعم أنه ظهر له الآن لوث معين: ففي تمكنه منه وجهان. وجه المنع: أن سبق الاعتراف منه في الجهل.

الثاني: إذا ثبت اللوث في أصل القتل، دون كونه خطأ أو عمداً، ففي القسامة على أصل القتل وجهان. وجه المنع: أن القتل المطلق لا موجب له؛ فإن العاقلة لا يلزمها شيء ما لم يكن خطأ، والجاني لا يلزمه ما لم يكن عمداً.

الثالث: أن يدعى المدعى عليه كونه غائباً عن البلد عند القتل، فالقول قوله مع بيمينه، وتسقط بيمينه أثر اللوث.

فإن تعارضت بيتان في حضوره وغيبته: تساقطتا، إلا إذا تعرض بينة الغيبة لعدم الحضور فقط، فيكون ذلك شهادة النفي، بخلاف ما إذا ذكر مكانه الذي غاب إليه. ولو كان وقت القتل محبوساً أو مريضاً مدنفاً، ولم يمكن كونه قاتلاً إلا على بعد، ففي سقوط اللوث به وجهان.

ومهما حكم بالقسامة، فأقام بينة على الغيبة نقض الحكم؛ لأن القسامة ضعيفة.

الرابع: لو شهد شاهد بأن فلاناً قتل أحد هذين القتيلين، لم يكن لوثاً. ولو قال: قتل هذا القتيل أحد هذين الرجلين فهو لوث، هكذا قاله القاضي مفرقاً بين إبهام القاتل وإبهام القتيل. وقيل بإسقاط اللوث في المسألتين، والفرق أوضح؛ لأن تعيين القاتل غير عسير دون تعيين القتيل.

الخامس: تكاذب الورثة. فلو ادعى أحد الاثنين في محل اللوث، فكذبه الآخر، فيه قولان: اختيار المزني، رحمه الله: أن اللوث لا يبطل؛ لأن للورثة أغراضاً في التكذيب والتصديق. والثاني: أنه يبطل؛ لأن اللوث ضعيف، وهذا يضعف الظن.

فإن قلنا: يبطل، فلو قال أحدهما: قتل أبانا زيد ورجل آخر لا نعرفه. وقال الآخر: قتله عمرو ورجل آخر لا نعرفه. فلا تكاذب؛ فلعل من لا يعرفه، هو الذي ادعاه أخوه، إلا أن يصرح بنفي ما ادعاه.

ثم مدعى زيد اعترف بأن الواجب على زيد نصف الدية، وحصلته منها الربع، فلا يطالب إلا بالربع، وكذا مدعى عمرو.

وليس من مبطلات اللوث عندنا أن لا يكون على القاتل أثر، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن القتل بالتخنيق ممكن بحيث لا يظهر أثره.

الركن الثاني: في كيفية القسامة

وهو أن يحلف المدعى خمسين يمينا متوالية بعد التحذير والتغليظ، وتفصيل الدعوى في اليمين كما في سائر الأيمان. وهل يشترط أن تكون في مجلس واحد؟ فيه وجهان، منشوهما: أن للموالة وقفاً في النفس، فيحتمل أن تكون واجبا.

فإن قلنا: واجب، فإذا جُن ثم أفاق، بنى؛ لأنه معذور. ولو عزل القاضي، استأنف عند قاض آخر. ولو مات في أثناءه، فالوارث لا يبنى، بل يستأنف. وقال الخضرى: يبنى الوارث.

وفي جواز القسامة في غيبة المدعى عليه وجهان، وجه المنع: أن اللوث إنما يظهر إذا سلم عن قذح الخصم، فيضعف في غيبته.

هذا إذا كان الوارث واحداً، فإن كانوا جمعاً فنوزع عليهم الخمسين؟ أو يحلف كل واحد خمسين؟ فعلى قولين:

أحدهما: أنه يوزع؛ لأن جملتهم في حكم شخص واحد. والثاني: لا؛ لأن قدر حق كل واحد، لا يثبت يمين المدعى إلا بخمسين؛ إذ لا خلاف أنه لو نكل واحد، وجب على الآخر أن يحلف تمام الخمسين، فكيف يستحق يمين غيره؟!.

وإن قلنا بالتوزيع، فلتنبه على ثلاثة أمور: الأول: أنهم لو كانوا ثلاثة، والواحد حاضر، والآخران صغيران أو غائبان، ففيهم كتكولهم، فيحلف الحاضر خمسين، ويأخذ ثلث الدية، فإذا حضر الآخر حلف نصف الأيمان وأخذ ثلث نفسه، والثالث يحلف ثلث الأيمان ويأخذ حصة نفسه. الثاني: أن التوزيع بالميراث؛ فمن يستحق الثمن

أو السدس، حلف بقدره، فإن انكسر كمل المنكسر، فإن كانوا ستين حلفوا ستين، كل واحد يميناً، ولا يمين على إخوة الأب في مسائل المعادة. الثالث: لو كان في الورثة خنثى، حلف كل واحد أكثر ما يتوهم أن يكون نصيبه، ويعطى أقل ما يتوهم؛ أخذاً بالأحوط في الجانبيين.

فلو خلف ولدًا خنثى وأخاً لأب، حلف الخنثى خمسين؛ لاحتمال أنه مستغرق، وأخذ نصف الدية لاحتمال أنه أثنى.

فإذا أراد الأخ أن يحلف، فيحلف خمساً وعشرين. وفائدته: أن ينتزع النصف من يدى الجاني، ويوقف بينه وبين الخنثى. فإن بان أنوثته سلم إلى الأخ بيمينه السابق، وإن بان الذكورة، سلم إلى الخنثى باليمين السابقة.

ولو خلف ولدًا خنثى وبنثاً، حلف الخنثى ثلثي الأيمان؛ لاحتمال أنه ذكر، وأخذ ثلث الدية لاحتمال أنه أثنى، وحلفت البنت نصف الأيمان؛ لاحتمال أن الخنثى أثنى، ولم يعتد من أيمانها إلا بالنصف، ثم تأخذ ثلث الدية، والثلث الباقي متروك في يد المدعى عليه موقوف بينهما وبين بيت المال، وليس لبيت المال نائب حتى يحلف عنه؛ فنعود إلى القياس في تصديق المدعى عليه.

هذا كله في يمين المدعى. فأما سائر الأيمان في الدم فكيمين المدعى عليه واليمين مع الشاهد، ففي تعدده خمسين قولان، منشؤهما: أن علة العدد الميل عن القياس بتصديق المدعى أو حرمة الدم؟ والقولان جاريان في الأطراف، مع القطع بأن القسامة غير جارية فيها. فإن قلنا: لا تتعدد، فلو بلغ الأرض مبلغ الدية، فقولان. وإن قلنا: تتعدد، فلو نقص ففي التوزيع قولان.

فروعان: أحدهما: لو شهد واحد على اللوث، وقلنا: يتحد اليمين مع الشاهد، فإن استعملنا الشهادة في القتل وجاء بصيغة الشهادة، حلف معه يميناً واحدة. وإن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث حلف معه خمسين يميناً. الثاني: إذا ادعى على اثنين أنهما قتلا، ففي توزيع الخمسين، على قول التعدد من القولين، ما في التوزيع على الوارثين.

الركن الثالث: في حكم القسامة

وفيه قولان: القديم: أنه يناط به القصاص كما يناط به حد المرأة بلعان الزوج. والجديد: أنه لا يناط به إلا الدية؛ لأن سفك الدم بقول المدعى بعيد، وأما المرأة، فإنها تقدر على دفع لعاته بلعانها.

ثم إن حلف على القتل خطأ طالب العاقلة. وإن حلف على العمد طالب الجاني. وإن نكل عن القسامة ومات، لم يكن لوارثه أن يحلف.

ولا يسقط حقه عن تحليف المدعى عليه؛ لنكوله عن القسامة. فإن نكل المدعى عليه، فأراد المدعى أن يحلف اليمين المردودة، ففيه قولان: أحدهما: المنع؛ لأنه نكل مرة. والثاني: لا؛ لأنه نكل عن القسامة، وهذه يمين أخرى، وكذا إذا أراد أن يحلف مع الشاهد بعد النكول عن اليمين المردودة أو القسامة.

ومنشؤه: أن المدعى عليه، بعد أن صرح بالنكول، ليس له الرجوع إلى اليمين؛ لأنه تعلق به حق المدعى. أما نكول المدعى عن اليمين المردودة في الحال لا تمنعه من الرجوع إليه؛ فإنه حقه فلا يسقط بالتأخير. ويمين القسامة من حيث إنه يتعلق بها حق المدعى عليه في انقلاب التصديق إليه: يشبه يمين المدعى عليه.

الركن الرابع: فيمن يحلف أيمان القسامة

وهو كل من يستحق بدل الدم وفيه أربعة فروع: الأول: إذا قتل عبد المكاتب، وأجرينا القسامة في العبد، حلف المكاتب؛ لأنه المستحق، فإن عجز عن النجوم قبل النكول حلف السيد؛ إذ صار مستحقاً. فإن عجز بعد النكول لم يحلف السيد كما لا يحلف الوارث بعد نكول الموروث. الثاني: لو قتل عبده فأوصى بقيمته لمستولده ومات، فللورثة أن يقسموا وإن كانت القيمة للمستولدة؛ لأن لهم حظاً في تنفيذ وصية مورثهم.

ولو أوصى بعين لغيره، فادعاه مستحق، ففي حلف الوارث لتنفيذ الوصية تردد، ووجه الفرق: أن المستولدة مدعية، وتصديقها بالقسامة على خلاف القياس، ولم تكن صاحبة حق عند القتل، فكان الوارث أولى به.

ومهما حلف الورثة سلمت القيمة لأُم الولد. فإن نكلوا، ففي قسامة المستولدة قولان، وكذا في الغرماء إذا أرادوا أن يحلفوا أيمان القسامة عند نكول الوارث لتقضي من الدية ديونهم. ووجه المنع: أن القسامة لإثبات القتل ممن يُبدل بسبب الحق عند القتل، وهؤلاء يحدد حقهم بعد القتل.

وإن قلنا: لا يحلفون أو نكلوا فللوارث، ولهم طلب يمين المدعى، أما الوارث فلغرض التنفيذ، وأما هم فلغرض الاستحقاق.

الثالث: إذا قطع يد العبد، فعتق ومات، فعلى الجاني كل الدية. فإن كانت الدية مثل نصف القيمة انفرد السيد بالقسامة؛ لأنه مستحق الجميع. وإن فرعنا على أنه لا قسامة

فى بدل الرقيق فهاهنا وجهان؛ لأنه دية حر بالاعتبار الآخر، ولكن صرف إليه؛ لأنه جناية على الرقيق.

ثم إن كان الواجب فاضلاً عن أرض اليد، فيصرف الفاضل إلى الورثة، ويتصدى النظر فى توزيع اليمين أو تكميلها.

الرابع: إذا ارتد الولي ثم أقسم، فإن قلنا: لا ملك للمرتد، بطل يمينه. وإن قلنا: له الملك، صح وثبت الدية. وإن قلنا: موقوف، فالتص أنه يصح ويصرف إلى بيت المال فيما إن قتل المرتد.

وفيه إشكال؛ إذ بان أنه لم يكن مستحقاً، فكيف يثبت بحلفه؟ فمنهم من قال: فرع الشافعى، رضى الله عنه، على قول بقاء الملك. ومنهم من علل بأنه على الجملة سبب استحقاق الدية لأنه كان مسلماً حال القتل، فلا يكون يمينه كيمين الأجنبى.

النظر الثالث من: الكتاب فى إثبات الدم بالشهادة

ولها شروط:

الأول: المذكورة: فلا يثبت القصاص برجل وامرأتين، ويثبت القتل الموجب للمال برجل وامرأتين. فإن كان موجباً للقود عند الشهادة، ثم رجع إلى المال، لم يستوف المال بتلك الشهادة؛ لأنها كانت باطلة فى الحال. ولو أنشئت الشهادة، بعد العفو على مال، فوجهان، وجه المنع: أن أصل القتل كان موجباً للقصاص.

فروع: نص الشافعى، رضى الله عنه، أنه لو شهد رجل وامرأتان على هاشمة مسبوقة بإيضاح، فكما لا يثبت الإيضاح الموجب للقصاص لا يثبت الهشم فى حق الأرض. ونص على أنه لو شهدوا على أنه رمى عمداً إلى زيد، فمرق السهم وأصاب غيره خطأ، أن الخطأ يثبت. فقيل: قولان بالنقل والتخريج، ومنشؤهما: أن الشهادة واحدة وقد سقط بعضها، فهل يسقط الباقي؟ ومنهم من فرق؛ لأن قتل عمرو منفصل عن قتل زيد، والهشم لا ينفصل عن الإيضاح.

ولا خلاف على أنه لو ادعى قتل عمرو خطأ، فشهدوا وذكروا هذه الكيفية، وهو مروق السهم من زيد، لم يقدر فى الشهادة؛ لأن زيدا ليس مقصوداً بالشهادة. وكذلك إذا قالوا: نشهد أنه أوضح، ثم عاد بعد ذلك وهشم.

التفريع: إذا أثبتنا أرض الهاشمة، فقد ذكر فى إثبات قصاص الموضحة وأرسلها على سبيل التبعية، خلاف، وهو بعيد.

الشرط الثانى: أن تكون صيغة الشهادة صريحة: فلو قال: أشهد أنه جرح وأنهر الدم،

ومات المجروح، لم يقبل ما لم يقل: قتله؛ إذ ربما يموت بسبب آخر، والموت عقيب الجراحة يُعرف أنه بالجراحة بقرائن خفية، فلا يغنى إلا ذكر القتل. وذكر العراقيون وجهًا: أنه يكفى؛ كما تقوم الشهادة على اليد والتصرف مقام الملك؛ لأنه مستند العلم. ولو قال: أشهد أنه أوضح رأسه، لم يكف ما لم يصرح بالجراحة ويوضح العظم. فإن صرح وعجز عن تعيين محل الموضحة، لالتباسها بموضحات على رأسه، سقط القصاص، وفي الأرض وجهان:

أحدهما: لا؛ كما إذا شهد رجل وامرأتان على موضحة عمدًا، فإنه إذا لم يثبت المقصود لم يثبت غيره. والصحيح: أنه يثبت؛ لأنه لا قصور في نفس الشهادة، وإنما التعذر في استيفاء القصاص.

ولو شهد على أنه قتله بالسحر، لم يقتل؛ لأن ذلك مما لا يشاهد وجه تأثيره، فالقتل بالسحر لا يثبت إلا بالإقرار. ثم قال الشافعي، رضى الله عنه: «لو قال الساحر: أمرضه سحري، ولكن مات بسبب آخر، فلولى الدم القسامة، واعترافه بالمرض لوث. وهذا يدل على أن المقر بالجرح إذا ادعى أن الموت بسبب آخر يجعل إقراره لوثًا. وقد قيل: إن القول قول الجاني، وهو جارٍ في السحر.

فإن قيل: تعلم السحر حرام أم لا؟ قلنا: إن كان فيه مباشرةً محظورة: من ذكر سُحفي، أو ترك الصلاة، فذلك هو الحرام، فأما تعرف حقائق الأشياء على ما هي عليه، فليس بحرام، وإنما الحرام الإضرار بفعل السحر لا بتعلمه.

الشرط الثالث: أن لا تتضمن جرمًا ولا دفعًا: فلو شهد على الجراحة من يرث المجروح: ردت شهادته؛ لأنه سبب استحقاقه.

ولو شهد الوارث للمريض بدين أو عين، فوجهان. والفرق: أن جرح المشهود عليه سبب الاستحقاق دون الدين. ولو شهدوا على الجرح وهما محجوبان حال الشهادة، ثم مات الحاجب أو بالعكس، فالصحيح: أن النظر إلى حالة الشهادة؛ للتهمة. وقيل: قولان كما في الإقرار للوارث.

فإن رددنا، فلو أعاد بعد الحجب: لا تقبل؛ كالفاسق إذا أعاد. فأما الشهادة الدافعة، فصورتها: أن تشهد العاقلة على فسق بينة القتل الخطأ.

ولو شهد اثنان من فقراء العاقلة، نص أنه لا تقبل. ولو شهد اثنان من الأبعد، مع أن الواجب مستوفى بالأقارب، نص أنه تقبل. فقيل: قولان بالنقل والتخريج. وقيل: إن الفقير أمله في الغنى قريب، وتقدير موت الأقارب بعيد، فلا يورث تهمة.

الشرط الرابع: أن تسلم الشهادة عن التكاذب: وفيه صور:

الأولى: إذا شهدا على رجلين بالقتل، وشهد المشهود عليهما بأنهما قتلا هذا القتل، نقدم على هذا مقدمة، وهو أن شهادة الحسبة تقبل في حقوق الله تعالى، وفي القصاص ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ صيانة للحقوق عن الضياع. والثاني: لا؛ لأن للدم طالبا كما للمال. والثالث: أنه إن لم يعرف المستحق قبلت الشهادة.

فإن قلنا: تقبل، فتساوق أربعة إلى مجلس القاضي، فشهد اثنان على الآخرين بالقتل، فشهد الآخران على الأولين بذلك القتل، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الرد وإن قلنا شهادة الحسبة؛ إذ هي متكاذبة، فلا ترجح. والثاني: أنا نراجع صاحب الحق ونحكم بشهادة من صدقهما. والثالث: أن الأولى صحيحة وشهادة الآخرين غير مقبولة؛ لأنهما دافعان، ولأنهما صاروا عدوين للأولين. ولكن إثبات العداوة بمحرد الشهادة، ضعيف.

وإن فرعنا على رد شهادة الحسبة، فلو جاء المدعى بعد ذلك لم تنفع تلك الشهادة. وهل تقبل إعادتها؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ كما لو رد بعة الفسق. والثاني: نعم؛ لأنه لم ترد بتهمة. والثالث: أنهما إن تابا عن المبادرة، قبلت الإعادة.

رجعنا إلى مسألتنا، فإذا شهد المشهود عليهما على الشاهدين، واستمر المدعى على تكذيبهما: فلا أثر لشهادتهما؛ لأنهما دافعان وعدوان ومبادران. وإن صدقهما بطل حقه بتناقض الدعويين، فإن كان ذلك من وكيل، فلا يؤخذ بإقرار لم يؤثر في إبطال الدعوى الأولى. فإن صدق الموكل الآخرين انبنى على أنهما مبادران أو دافعان؟.

المسألة بحالها، لو شهد المشهود عليهما على أجنبي سوى الشاهدين، فهما مبادران ودافعان وليسوا عدوين. وإن شهد أجنبيان على الشاهدين، فهما مبادران، وليسوا دافعين ولا عدوين.

الصورة الثانية: لو شهدوا على القتل، فشهد أحد الورثة بعفو بعضهم، سقط القصاص بقوله من حيث إنه إقرار لا من حيث إنه شهادة حتى تسقط ولو كان فاسقا.

الصورة الثالثة: إذا شهد أحدهما أنه قتله غدوة. وقال الآخر: عشية، فهو تكاذب، وكذا إذا نسب إلى مكانين أو آتين. وكذا لو شهد أحدهما على الإقرار، والآخر على القتل، لم يثبت؛ لأنهما لم يتفقا على شيء.

ولو شهد أحدهما على الإقرار بالقتل المطلق، والآخر على الإقرار بالقتل العمد: ثبت أصل القتل؛ فالقول قول المدعى عليه فى نفى العمدية إلا أن يكون ثم لوث يشهد للعمدية، فتثبت القسامة.

وإن قال أحدهما: قتله عمدًا، وقال الآخر: خطأ، فوجهان: أحدهما: أنه تكاذب. والآخر: أنه يثبت القتل، ومن يشهد بالخطأ فكأنه يشهد بعدم العمد؛ فيبقى النزاع فى العمدية.

وحيث يثبت التكاذب فى الآلة والمكان والزمان، قال المزنى، رحمه الله: «يفيد قولهما لوثًا» فاتفقت المرازمة على تغليطه؛ لأنهما تساقطا بالتكاذب. ونقل العراقيون فيه قولين للشافعى، رضى الله عنه.

* * *

كتاب الجنایات الموجبة للعقوبات

وهی سبعة: البغی، والردة، والزنا، والقذف، والشرب، والسرقه، وقطع الطريق:

الجنایة الأولى: البغی^(١)

والنظر فی: صفة البغاة، وأحكامهم، وقناهم:

الطرف الأول: فی صفاتهم

ويعتبر فیهم ثلاثة شروط: الشوكة، والتأویل، ونصب إمام فیما بینهم.

الشرط الأول: الشوكة: وهو أن یجتمع قوم ذو نجدة علی مخالفة الإمام. ولا يعتبر مساواة عددهم لجند الإمام؛ کم من فئة قليلة غالبية، لكن یكفی أن یكون الظفر مرجوا. ثم إن كانوا فی موضع مخوف بولاية الإمام، فلا بد من زیادة نجدة، كما إذا كانوا علی طرف من أطراف الولاية. ثم لا یخفی أن الشوكة لا تتم ما لم یکن فیهم واحد مطاع.

الشرط الثاني: أن یكون بغیهم عن تأویل. فلو اجتمع جماعة ممن توجه علیهم حدود، أو حقوق، من زكاة أو غيرها، وخالفوا الإمام: قاتلهم الإمام كما قاتل أبو بكر، رضی الله عنه، مانعی الزكاة، وليس لهم حکم البغاة^(٢). والمتردون إذا اجتمعوا، لشبهة فی دینهم، فلا يعد ذلك تأویلاً معتبراً.

ولو كان لهم تأویل باطل قطعاً، لكنهم غلطوا فیہ، ففی اعتباره وجهان: أحدهما: أنه لا يعتبر؛ كتأویل أهل الردة. ومعاوية، رحمه الله، عند هذا القائل، لم یکن مبطلاً قطعاً، بل بالظن. والثاني: یعتبر؛ لأن الغلط فی القطعیات كثير. ومعاوية كان مبطلاً علی القطع عند هذا القائل، لكنه لم یعرف ذلك.

وأما الخوارج، ففيهم علی رأى الامتناع من تكفيرهم^(٣)، وجهان، منهم من ألحقهم

(١) بَنَى فلان، بغياً: تجاوز الحد واعتدى. وفي التنزيل العزيز: ﴿فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله﴾ وبغى: تسلط وظلم، وفي التنزيل العزيز: ﴿ولو بسط الله الرزق لعباده لبغوا في الأرض﴾، وفي التنزيل العزيز: ﴿إن قارون كان من قوم موسى فبغى عليهم﴾ وبغى: سعى بالفساد خارجاً على القانون، وهم البغاة. وبغى الجرح: ورم وأمد. انظر: المعجم الوسيط (١/٦٤، ٦٥).

(٢) نعم، ليس لهم حکم البغاة لأن البغاة مخطئون فيما يفعلون بتأویل مستساغ، أما مانعی الزكاة فليس لهم تأویل مستساغ بل تأویل باطل صاروا به من أهل الردة، وسيأتى إن شاء الله الكلام عنهم بتفصيل، وانظر كتابنا معايير التأویل والتأويلين.

(٣) اختلف أهل العلم فی تكفير الخوارج وقد صرح بالكفر القاضي أبو بكر بن العربي فی شرح=

=الترمذى فقال: الصحيح أنهم كفار لقوله ﷺ: [يمرقون من الدين] ولقوله: [لأقتسم قتل عاد] وفي لفظ [ثمود] وكل منهما إنما هلك بالكفر ولقوله: [هم شر الخلق]، ولا يوصف بذلك إلا الكفار، ولقوله: [إنهم أبغض الخلق إلى الله تعالى] ولحكمهم على كل من حالف معتقدتهم بالكفر والتخليد في النار فكانوا أحق بالاسم منهم. ومن جنح إلى ذلك من المشاعرين الشيخ نقي الدين السبكي فقال في فتاويه: احتج من كفر الخوارج وغلاة الروافض بتكفيرهم أعلام الصحابة لتضعه تكذيب النبي ﷺ في شهادته لهم بالجنة قال: وهو عندى احتجاج صحيح.

قال: واحتج من لم يكفرهم بأن الحكم بتكفيرهم يستدعى تقدم علمهم بالشهادة المذكورة عبثاً قصصياً. وفيه نظر؛ لأننا نعلم تركيبة من كفروه علماً قطعياً إلى حين موته وذلك كاف في اعتقادنا تكفير من كفرهم ويؤيده حديث [من قال لأخيه: يا كافر فقد باء بها أحدهما]. وفي لفظ لمسلم من [رمى مسلماً بالكفر أو قال: يا عدو الله إلا حار عليه]، قال: وهؤلاء قد تحقق منهم أنهم يرمون جماعة بالكفر ممن حصل عندنا القطع بإيمانهم فيجب أن يحكم بكفرهم بمقتضى خبر الشارع وهو نحو ما قالوه فيمن سجد للصنم ونحوه ممن لا تصریح فيه باجحود بعد أن فسروا الكفر بالاجحود، فإن احتجوا بقيام الإجماع على تكفير فاعل ذلك قلنا: وهذه الأخبار الواردة في حق هؤلاء تقتضى كفرهم ولو لم يعتقدوا تركيبة من كفروه علماً قطعياً ولا ينجم عن اعتقاد الإسلام إجمالاً والعمل بالواحبات عن الحكم بكفرهم كما لا ينحى الساجد للصنم ذلك. قال الحافظ: ومن جنح إلى بعض هذا المحب الطبري في تهذيبه فقال بعد أن سرد أحاديث الباب: فيه الرد على قول من قال: لا يخرج أحد من الإسلام من أهل القبلة بعد. استحقاقه حكمه إلا بقصد الخروج منه علماً فإنه مبطل لقوله في الحديث: [يقولون الحق ويقرون القرآن ويمرقون من الإسلام ولا يتعلقون منه بشيء] ومن المعلوم أنهم لم يرتكبوا استئصال دماء المسلمين وأموالهم إلا خطأ منهم فيما تأولوه من آى القرآن على غير المراد منه ويؤيد القول بالكفر ما تقدم من الأمر بقتالهم وقتلهم مع ما ثبت من حديث ابن مسعود أنه [لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث وفيه التارك لدينه المفارق للجماعة] كما تقدم.

وقال القرطبي في المفهم: يؤيد القول بتكفيرهم ما في الأحاديث من أنهم عخرجوا من الإسلام ولم يتعلقوا منه بشيء كما خرج السهم من الرمية لسرعته وقوة راميها بحيث لم يتعلق من الرمية بشيء وقد أشار إلى ذلك بقوله: سبق الثرث والدم. وحكى في الفتح عن صاحب الشافى أنه قال فيه: وكذا نقطع بكفر من قال قولاً يتوصل به إلى تضليل الأمة أو تكفير الصحابة وحكاه صاحب الروضة في كتاب الرد عنه وأقره وذهب أكثر أهل الأصول من أهل السنة إلى أن الخوارج فساق، وأن حكم الإسلام يجري عليهم لتلفظهم بالشهادتين ومواضعهم على أركان الإسلام وإنما فسقوا بتكفير المسلمين مستندين إلى تأويل فاسد وجرحهم ذلك إلى استباحة دماء مخالفيهم وأموالهم والشهادة عليهم بالكفر والشرك.

وقال الخطايب: أجمع علماء المسلمين على أن الخوارج مع ضلالتهم فرقة من فرق المسلمين وأجازوا من كذبتهم وأكل ذبائحهم وأنهم لا يكفرون ما داموا متمسكين بأصل الإسلام. وقال القاضي عياض: كادت هذه المسألة أن تكون أشد إشكالاً عند المتكلمين من غيرها حتى =

بأهل الردة، ولم يكره بتأويلهم؛ لظهور فساده.

الشرط الثالث: نصب الإمام فيما بينهم. وفي اشتراطه خلاف. ومن شرطه علل بأن هذه الشروط تعتبر لتنفيذ قضاء قاضيتهم، ولا ينتصب القاضي إلا بالتبعية؛ فلا بد لهم من إمام يولى القضاة. ومن لا يشترط ذلك يقول: ربما لا يصادفون موصوفاً بصفات الأئمة، ولا يمكن تعطيل أحكامهم.

الطرف الثانى فى أحكام البغاة: فى الشهادة، والقضاء، والغرم

أما شهادتهم: فمقبولة؛ لجهلهم بالتأويل^(١). وأما قضاء قاضيتهم فنافذ على وفق الشرع.

وما يستوفيه من زكاة، وحزبة، وحد ويصرفه إلى مصرفه: فواقع موقعه. ولو صرفوا السهم المرصد لمرتزة الإسلام إلى جندهم، فقيه اختلاف مشهور؛ لأنه وإن كانوا جند الإسلام، لكنهم فى الحال على الباطل، وتصحيح ذلك إعانة لهم.

وإذا كتبوا الكتاب إلى قاضينا بعد إبرام الحكم: أمضى. وإن سمع البيعة والتمس الحكم فقولان: أقيسهما: الحكم؛ كى لا يؤدى إلى إبطال حقوق الرعايا. والثانى: لا؛ لأنه مساعدة لهم على بغيتهم. وقيل بطرد القولين فيما أبرموه واستعانوا بقاضينا فى الاستيفاء، والقياس الإمضاء.

— سأل الفقيه عبد الحق الإمام أبا المعالى عنها فاعتذر بأن إدخال كافر فى الملة وإخراج مسلم عنها عظيم فى الدين، قال: وقد توقف القاضى أبو بكر الباقلانى قال: ولم يصرح القوم بالكفر، وإنما قالوا أقوالاً تؤدى إلى الكفر. وقال الغزالي فى كتاب «التفرقة بين الإيمان والزندقة»: الذى ينبغى الاحتراز عن التكفير ما وجد إليه سبيلاً فإن استباحة دماء المسلمين المقرين بالتوحيد خطأ، والخطأ فى ترك ألف كافر فى الحياة أهون من الخطأ فى سفك دم مسلم واحد.

قال ابن بطلال: ذهب جمهور العلماء إلى أن الخوارج غير خارجين من جملة المسلمين قال: وقد سئل على عن أهل النهروان هل كفروا؟ فقال: من الكفر فروا.

قال الحافظ: وهذا إن ثبت عن علىّ حل على أنه لم يكن اطلع على معتقدهم الذى أوجب تكفيرهم عند من كفرهم. قال القرطبى فى المفهم: والقول بتكفيرهم أظهر فى الحديث، قال: فعلى القول بتكفيرهم يقتلون ويقتلون وتغنم أموالهم وهو قول: شقوا العصا ونصوا الحرب. قال: وباب التكفير باب خطر ولا نعدل بالسلامة شيئاً. انظر: نيل الأوطار (١٦٧/٧)، ١٦٨، ١٦٩.

(١) أى: لجهلهم بالتأويل الذى تأولوه فصاروا به بغاة، وهو ما يسمى بالعدنر بالتأويل. فإذ كان قضائهم موافق للشرع فنعى وإلا فهو مردود.

هذا فيمن له الشوكة والتأويل^(١)، فإن عدمت الشوكة، فلا ينفذ حكمهم؛ إذ يرجع ذلك إلى محاورات في خلوات. وإن عدم التأويل دون الشوكة، لم ينفذ قضاؤهم على الظاهر. ويحتمل أن يخرج ذلك على ما إذا شغل الزمان عن الإمام، فإن أحكام الرعايا لا يمكن تعطيلها؛ فلذلك ينفذ القضاء بحكم الحاجة^(٢).

أما الغرم، فهو واجب بالإتلاف في غير القتال على الفريقين جميعاً. أما في القتال فلا غرم على العادل. وما يتلفه البغي في القتال، فيه قولان: أحدهما: أنه يجب؛ لأنه أتلف مالا معصوماً بغير حق. والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله: أنه لا يجب^(٣)، كما في أهل الحرب؛ لأن المواخذة تتبعات القتال تمنع من الفينة والطاعة، ولذلك أتلفت أموال، وأريق دماء، في قتال معاوية وعلى، رضى الله عنهما، وكان على، رضى الله عنه، يعرف القاتل وما اقتص من أحد، ولا غرم.

وإن قلنا: لا ضمان، ففي الكفارة وجهان، ووجه الإسقاط: الإهدار كما في أهل الحرب. فإن قلنا: يجب الضمان، ففي القصاص وجهان لأجل الشبهة. فإن لم نوجب القصاص، فالدية على العاقلة أو على الجاني؟ فيه خلاف. كما لو قتل إنساناً على ظن أنه كافر.

هذا إذا وجد الشوكة والتأويل. فإن وجد تأويل بلا شوكة وجب الضمان؛ قتل ابن ملجم (أخزاه الله) علياً (كرم الله وجهه) فأقيد به وكان من تأويله أن امرأة زعمت أن علياً، رضى الله عنه، قتل أقاربها، فوكلته باستيفاء القصاص.

وأما الشوكة دون التأويل، فطريقان منهم من قطع بوجوب الضمان كمثمل واقعة

(١) الشوكة: الجند والملاح والمنعة (القوة). والتأويل: أى التأويل المستساغ الفاسد، لا التأويل الباطل الذى عليه أهل الردة كما نعى الزكاة، وهذا التقسيم فصلته فى كتابى معايير التأويل، وبينت فيه أن التأويل: ١- مستساغ، أ- صحيح. ب- فاسد، ٢- تأويل باطل، وهذا التقسيم أخذته مرفقاً من كتب الأصول والفقه، والعقيدة، ولم أجد من سبقنى يجمعه على هذا النحو إنما كانت تقسيماتهم، ١- تأويل صحيح، ٢- تأويل فاسد، فإذا ما قرأت لهم فى الجنايات العملية وجدت التقسيم الذى جمعته. واستقصاء ذلك وتفصيله فى كتابنا: معايير التأويل والتأويلين.

(٢) أى ينفذ القضاء بحكم الله وبشرعه ولا يصح بغير ما أنزل الله شغل الزمان أو لم يشغل عن الإمام؛ لأن الذى يحكم بغير ما أنزل الله ليس من البغاة ولا يرقى أن يكون منهم بل هو من أهل الردة إن كان الحكم بغير ما أنزل الله طرأ عليه، واستبدل شريعة ثابتة متواترة من شرائع الإسلام، أما إن كان قد حكم عند تنصيبه بما يحكم به أهل الكفر أولاً وبطريق الأصالة فليس مرتدًا ولا يرقى لذلك بل هو كافر لقبوله أولاً عند تنصيبه أن يحكم بغير ما أنزل الله.

(٣) لأن هذا المال عند الباغى ليس معصوماً لما ذهب إليه من تأويل؛ ولأنه لا يجب على أهل الحرب.

مانعى الزكاة، ومنهم من أجرى القولين؛ لأن إسقاط القصاص وإسقاط التبعية؛ للترغيب فى الطاعة، وأجرى الشافعى، رضى الله عنه، ترديد القولين فى المرتدين إذا أترفوا فى القتال. وقيل: هو أولى بالسقوط؛ لمشابهة أهل الحرب. فأما وجود الإمام فليس بشرط لسقوط الضمان.

الطرف الثالث: فى كيفية القتال^(١)

ويراعى فيه أمور:

الأول: أنا لا نقاتلهم، بل نقدم النذير أولاً، فإن لم يرجعوا إلى الطاعة قاتلناهم. وفى أواخر القتال: لا تتبع مدبرهم، ولا نذف على حريمهم؛ لأن قتالهم مثل الدفع عن منع الطاعة. والمدبر من سقطت شوكة وأمن غائلته، لا من يتحرف من جانب إلى جانب. فلو تبددوا سقطت شوكتهم، ولكن يتوهم اجتماعهم، فهل يجوز اتباعهم بالقتل؟ فيه وجهان، ينظر فى أحدهما إلى الحال. وفى الثانى إلى غائلة المآل، وكذا من انهزم على أن يتصل بفئة أخرى.

الثانى: أن أسيرهم لا يقتل، ولا يطلق ما داموا على شوكتهم، فإذا بطلت الشوكة، وكان اجتماعهم فى المآل متوقعاً، فى إطلاقه وجهان.

فأما نساؤهم وذرايرهم، فيدخل سبيلهم. وقال أبو إسحاق المروزي، رحمه الله: «نحبسهم؛ فى ذلك كسر قلوبهم».

وأما أسلحتهم وخيولهم، فلا يحل استعمالها فى القتال، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله. لكن إنما ترد إليهم إذا جاز إطلاق أسيرهم. والصبى المراهق والعبد كالحليل، والصغير كالنساء.

الثالث: لا ننصب عليهم المجانيق، ولا نوقد عليهم النيران، ولا نرسل السيول الجارفة، وكذا كل سبب يعم إلا إذا كان بحيث نصطلم لو لم نفعل؛ لأن هذه الأسباب

(١) من المسائل التى لا بد لكل مسلم أن يعرفها هى كيفية الخلاف والقتال الذى بين المسلمين وغيرهم إذ أن مخالضى الإسلام أنواع، جعل الشرع لكل نوع حكماً يختلف عن الآخر؛ فلا يسوى بين مخالفى أهل القبلة الذين قال الله فى حقهم: ﴿إِنَّمَا لِلْمُؤْمِنِينَ إِخْوَةٌ﴾ فجعلهم إخوة مع وجود الخلاف والقتال فيما بينهم، فهم لا يستوون فى أحكام الخلاف والقتال مع أهل الردة، ولا يستوى أهل الردة مع أهل الكفر. فقتال أهل البغى إنما المقصود منه ردهم إلى الطاعة ودفعهم عن الشر، ومنع شق عصا المسلمين وردهم إلى التأويل الصحيح إن أمكن، وإلا فيدفعون كالمصائل فإن لم يمكن، وأمكن الأسر فلا يقتل، وإذا أمكن الإنحان فلا يذف، إن اتحم القتال واشتد، خرج الأمر عن الضبط، وسيأتى للمصنف رحمه الله معنى ذلك فلينظر

لا يمكن حسمها، وربما يرجعون في أثنائها.

وإن تحصنوا بقلعة، ولم يتوصل إلا بهذه الأسباب، فإن كان فيهم رعايا لم يجوز، وإن لم يكن إلا المقاتلة: فقيه نظر، والأولى منعه والاقتصار على المحاصرة والتضييق.

الرابع: لا ينبغي أن يقتل العادل واحداً من أرحامه. ولا ينبغي أن يستعين الإمام بأهل الشرك عليهم ولا بمن يرى قتل مدبرهم.

الخامس: إن استعان البغاة علينا بأهل الحرب، لم ينفذ أمانهم علينا، واتبعنا مدبر أهل الحرب. وهل ينفذ الأمان في حق أهل البغي؟ فيه وجهان، الصحيح: أنه لا ينفذ لأنه بُنى على الفساد، لكن لا يجوز لهم الاغتيال بكل أمان فاسد، ويجوز لنا اغتيالهم. وقيل: إنه لا يجوز إذا انعقد لهم أمان فاسد. وهو ضعيف. نعم، لو قال أهل الحرب: ظننا أنهم المحقون، ففى إلحاقهم بمأمنهم خلاف، ومنهم من قال: لا نبالي بظنونهم.

ولو استعانوا بطائفة من أهل الذمة، انتقض عهدهم؛ فنقتل مدبرهم ونغنم مالهم. وفيه وجه: أنهم إذا انهزموا إلحاقهم بمأمنهم. فإن كانوا مكرهين لم ينتقض عهدهم؛ فلا تتبع مدبرهم. فإن قالوا: ظننا أنهم الفئة المحقة، ففى انتقاض العهد قولان.

التفريع: حيث إلحاقهم بأهل الحرب، غنمنا مالهم، ولا ضمان عليهم فيما يتلفون. فإن قلنا: لا بد من تبليغهم مأمنهم، فما أنلفوه مضمون عليهم؛ إذ بقى فى حقنا عهدة الأمان فيبقى عليهم عهدة الضمان. فإن فرعنا على أن العهد لا ينتقض فى بعض الصور، قطع الأصحاب بوجوب الضمان عليهم؛ لأن الإسقاط عن البغاة لثرتهم فى الطاعة، ولا يجرى ذلك فى الذمى.

السادس: من يوجد منهم قتيلاً، يُغسل ويُصلى عليه، وليس بشهيد. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يُغسل ولا يُصلى عليه؛ إهانة لهم. والعادل إذا قتل فى المعترك، فقولان فى كونه شهيداً. ولا ينقطع التوارث بينهم وبين أهل العدل.

الجناية الثانية: الردة

والنظر فى أركان الردة وأحكامها:

الطرف الأول: فى الردة:

وهو عبارة عن قطع الإسلام من مكلف. احترزنا «بالقطع» عن الكفر الأصلي، و«بالمكلف» عن المجنون والصبي. وفى السكران قولان؛ لتردده بين الصّاحي والمجنون. وعلى طريق: يصح؛ تنقيحاً لما عليه دون ما له. وعلى هذا، لو أسلم فى السكر لا يصح، فليعد الإسلام إذا أفاق. فلو قتل قبل الإفاقة فمهدر. وإن قلنا: تصح رده؛ لأنه

كالصاحي، فيصح إسلامه، لكن إذا أفاق جددنا عليه التوبة. فلو قتل قبل التحديد، فالصحيح وجوب الضمان. وقيل: لا يجب؛ أخذاً من اللقيط إذا قتل بعد البلوغ وقبل أن ينطق بالإسلام. ووجه الشبهة: أنه إسلام حكيم لا عن قصد صحيح. وهو ضعيف؛ لأن الردة أيضاً كان كذلك، فيكفي لتلك الردة هذا الإسلام، إلا أن يخص ذلك الوجه بأن يرتد صاحياً، ثم أسلم في السكر.

وأما نفس الردة، فهو نطق بكلمة الكفر: استهزاءً، أو اعتقاداً، أو عناداً، ومن الأفعال عبادة الصنم، والسجود للشمس، وكذلك إلقاء المصحف في القاذورات، وكل فعل هو صريح في الاستهزاء بالدين^(١). وكذلك الساحر يُقتل إن كان ما سحر به كفرة، بأن كان فيه عبادة شمسٍ أو ما يُضاهيه.

فروع: الأول: إذا شهد اثنان على أنه ارتد، فقال: كذبا. لم ينفعه التكذيب، لكنه ينفعه تجديد الإسلام في رد القتل. ولا ينفع في بينونة زوجته^(٢).

ولو قال: صدقا ولكنني كنت مكرها، فإن ظهر مخايل الإكراه، بأن كان أسيراً بين الكفار، فالقول قوله. وإن لم تكن مخايل الإكراه حكم بالبينونة. وهذا ينبغي أن يخص بما إذا حكى الشاهد كلمة الردة. ولا ينبغي أن تُقبل الشهادة مطلقاً؛ لأن للناس في التكفير مذاهب مختلفة، فإذا نقل الشاهد كلمة، هي ردة، ولم يقل: ارتد، ولكنه قال: قال كذا، فقال المشهود عليه: صدق، ولكن كنت مكرهاً، قال الشيخ أبو محمد، رحمه الله: يصدق؛ إذ ليس في تصديقه تكذيب الشهود، بخلاف ما إذا شهدوا على الردة، فإن كونه مكرهاً يدفع الردة. ولكن الجزم أن يحدد الإسلام. فلو قتله مبادر قبل التحديد^(٣)، ففي الضمان وجهان مأخوذان من تقابل الأصلين، وهو عدم الإكراه وبراءة الذمة.

الثاني: إذا خلف المسلم ابنين، فقال أحدهما: مات أبي كافراً، وأنكر الآخر، ففي حصة المقر قولان: أحدهما: أنه للفقير؛ مؤاخاة له بإقراره^(٤). الثاني: أنه يُصرف إليه؛ لأن للناس أغراضاً في التكفير ومذاهب، وهو لم يصرح به.

(١) بعدما خصص الإمام الغزالي أقوالاً وأفعالاً توجب الردة، أطلقها قوله: «كل فعل هو صريح في الاستهزاء بالدين»؛ لأن حصر الأقوال والأفعال التي توجب الردة صراحة تحتاج إلى مصنف خاص بها.

(٢) أي: لا يرفع تكذيب في إبقاء زوجته تحته بل تبين منه ويفسخ عقد الزواج الذي كان بينهما.

(٣) أي: إن قتله مبادر من أحاد المسلمين لما رآه من ردة المقتول قبل التحديد.

(٤) هذا الحديث [لا يرث المسلم كافراً] كما سبق بيانه في كتاب الموارث.

والصحيح: أن يُستفصل، فإن فُسِّرَ بما هو كفر، صُرف إلى الفىء، وإلا صُرف إليه. فإن لم يُفسر توقف.

الثالث: الأسير إذا ارتد مكرهاً، فإذا أفلت أمرناه بالتجديد. وإن أبى تبين أنه كان مرتدًا بالاختيار، هكذا قاله العراقيون، وفيه نظر؛ لأن المسلم لا يكفر بمجرد الامتناع عن تجديد الإسلام، وحكم الإسلام كان دائماً له. ثم قال العراقيون: «إذا ارتد الأسير مختاراً، ثم رأيناه يصلى صلاة المسلمين حكم بإسلامه بخلاف الكافر الأصلي». وفي الفرق إشكال.

الطرف الثاني: في حكم الردة

وذلك يظهر في: نفس المرتد، وولده، وماله، وفي أمور أخر ذكرناها في مواضعها. أما نفسه: فتهدر في الحال ويجب قتله إن لم يتب، فإن تاب تقبل إلا إذا كان زنديقاً، ففي قبول توبته أربعة أوجه:

الظاهر: أنه تقبل؛ إذ باب الهداية غير محسوم، فلعله اهتدى، وقد قال ﷺ: «هلا شققت عن قلبه ١٩»،^(١) تنبيهاً على أن النظر إلى الظاهر دون السرائر. والثاني: لا تقبل؛ لأن التقية عند الخوف عين الزنقة. والثالث: أنه إن أسلم ابتداءً من غير مطالبة؛ قبل، وإن كان تحت السيف فلا. والرابع: أنه إن كان داعياً إلى الضلال لم تقبل، وإلا فتقبل. وقال أبو إسحاق المروزي، رحمه الله: «إنما تقبل توبة المرتد مرة واحدة، وإن أعاد ثانياً لم تقبل». وهو بعيد؛ إذ من يتصور أن يخطئ مرة، يتصور أن يخطئ مرتين.

وفي المبادرة إلى قتل المرتد قولان: أحدهما: يسادر إلى ذلك؛ لأن جنائته قد تمت. والثاني: يمهل ثلاثة أيام؛ لما روى أن عمر، رضى الله عنه، قال في مرتد بادر أبو موسى الأشعري، رضى الله عنه، إلى قتله: «اللهم إني أبرأ إليك مما فعله أبو موسى، هلاً حبستموه ثلاثاً، تلقون إليه كل يوم رغيفاً؛ لعله يتوب!»^(٢).

(١) هذا من حديث أسامة بن زيد، وهو لا يصح الاستدلال به هنا؛ لأن قوله ﷺ لأسامة كان في رجل قال كلمة التوحيد وهو كافر أصلاً، فعاتبه على أن الكافر الأصلي ليس مطالباً بغير هذه الكلمة، بخلاف الذى قالها ودخل بها في الإسلام فهو مطالب بعد ذلك بحققها وهو ما قاتل عليه أبو بكر الصديق، رضى الله عنه، أهل الردة مانعي الزكاة فمعلوم أنهم ينطقون بكلمة التوحيد وقيموا شعائر الإسلام إلا أنهم امتنعوا عن شريعة ثابتة متواترة بتأويل باطل فقاتلهم عليها قتال ردة مع ما هم عليه من صور الإسلام وشعائره.

والحديث: أخرجه البخارى (٦٨٧٢)، ومسلم (الإيمان ب ٤١ ج ٩٦)، وأبو داود (٢٦٤٣).

(٢) هذا إن تمكن للمسلمون من حبسه واستتابته أما إن كان محمياً بطائفة معتقة وهو لا يزال داعياً =

التفريع: إن قلنا: الإمهال لا يجب، فيستحب أو يمنع؟ فيه وجهان. فإن قلنا: يمنع، فإن قال: أمهلوني ريثما تجلوا شبهتي بالمنظرة، فهل ينظر؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن الحجة مقدمة على السيف. والثاني: لا؛ لأن الخيالات الفاسدة لا حصر لها، فليقبل الإسلام ظاهراً، ثم يبحث.

وأما ولد المرتد: فإن تراخت الردة عن الولادة، فالولد مسلم. فإن علفت مرتدة من مرتد، ففي الولد ثلاثة أقوال: أحدها: أنه كافر أصلي. والثاني: أنه مرتد، يُرَدُّ بعد البلوغ بين الإسلام والسيف^(١) ويكون أسوة أبويه. والثالث: أنه مسلم؛ لأن عِلَّةَ الإسلام باقية في المرتد، والإسلام يعلو.

ولو خلف المعاهدون أولاداً فيما بيننا، فيما أن نقبل منهم الجزية، أو نلحقهم بمأمنهم. وأما أهل الردة، فإن التحقوا بدار الحرب فلا يثبت لهم حكم أهل الحرب في الاسترقاق، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله^(٢).

وأما مال المرتد؛ ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يزول ملكه في الحال كملك النكاح. والثاني: لا؛ إذ لا إهانة فيه على المسلم بخلاف النكاح. والثالث: أنه موقوف، فإن مات، أو قتل، على الردة تبين زوال ملكه إلى أهل الفیء، وإن عاد تبين استمرار ملكه.

التفريع: إن قلنا بزوال ملكه، فكل دين كان لزمه قبل الردة يقضى من ماله، كما يقضى من تركة الميت. ولا خلاف أنه ينفق عليه من ماله. وهل ينفق على أقاربه المسلمين؟ وهل تقضى ديونه التي التزمها في الردة بإتلافه؟ فيه وجهان. فلو احتطب حصل الملك للفیء، كما يحصل باحتطاب العبد للسيد، وكذا في اتهامه وشرائه من الخلاف ما في العبد. ولا خلاف أنه إذا عاد للإسلام، عاد ملكه ورهنه كما يعود إن

حالي ضلّاته يخرض المرتدين والفساق على المسلمين فهذا لا يجهل ثلاث ثوانى.

(١) من المعلوم من دين الله أن السيف لا يكون بهذه الصورة التي ذكرها المصنف على الكافر الأصلي بل على مسلم ارتد عن دينه لقوله ﷺ: [من بدل دينه فاقتلوه]، فهناك فرق في هذه المسألة بين الكافر الأصلي الذي لا يكره على الإسلام، والمسلم الذي يكره بالسيف على حقوق ما اعتقده. هذا الفرق يحاول العلمانيون المرتدون تدوينه، حتى لا يجاسيهم أحد بحجة [لا إكراه في الدين] ويقول ﷺ لأسامة: «أشقت عن قلبي» وهو حق أريد به باطل.

(٢) أهل الردة كانوا أصنافاً منهم من ارتد على الملة ودعا إلى نبوة مثل مسيلمة وغيره، ومنهم من ترك الصلاة والزكاة وأنكر الشرائع كلها وهؤلاء هم الذين سماهم الصحابة كفاراً ولذلك رأى أبو بكر سبي ذراريهم وساعده على ذلك أكثر الصحابة.

واستولد على بن أبي طالب جارية من سبي حنيفة فولدت له محمد بن الحنفية ثم لم ينقص عصر الصحابة حتى أجمعوا على أن المرتد لا يسبي. أ. هـ. من نيل الأوطار (٤/١٢٠).

صار الخمر خلا.

وإن فرعنا على بقائه، فللسلطان ضرب الحجر عليه في التصرف؛ نظراً لنفيء.
ثم هل يتحجر بالردة أن يحتاج إلى حجر السلطان؟ فيه خلاف. ثم ذلك الحجر،
كحجر السفه أو المفلس؟ فيه خلاف، وحكمهما مذكور في موضعه.
فإن قلنا: يحتاج إلى ضرب الحجر، نفذ تصرفه قبله، وقيل: هو كتصرف المريض،
وتكون حقوق أهل النفيء كحقوق الغرماء حتى لا ينفذ معه التبرعات، ولا في الثلث.
وإن فرعنا على الوقف لم ينفذ منه إلا كل تصرف قابل للوقف.

* * *

كتاب حد الزنا

الجنابة الثالثة هي: الزنا

وهي جريمة موجبة للعقوبة: إما الرجم، وإما الجلد. والنظر في طرفين:

الأول: في الموجب والموجب

والضبط فيه أن: إيلاج الفرج في الفرج، المحرم قطعاً، المشتبه طبعاً، إذا انتفت الشبهة عنه، سبب لوجوب الرجم على المحصن، ولوجوب الجلد والتغريب على غير المحصن. وفي الرابطة قيود لا بد من كشفها:

أما الإحصان، فهو عبارة عن ثلاث خصال: التكليف، والحرية، والإصابة في نكاح صحيح؛ فإذا انتفى التكليف سقط أصل الحد؛ فلا حد على المحنون والصبى. وإذا انتفت الإصابة فقد سقط الرجم ووجب جلد مائة، وتغريب عام. ولا تقوم الإصابة في ملك اليمين مقامه.

وأما في النكاح الفاسد ووطء الشبهة، فقولان: أحدهما: أنه لا يُحصن كما في التحليل. والأصح أنه لا يشترط وقوع الإصابة بعد الحرية والتكليف. وفيه وجه: أنه لا أثر للإصابة في الصبا والجنون والرق؛ إذ ليس يحصل التحصن بالمباح به.

ولا خلاف أنه لا يُعتبر وجود هذه الخصال في الواطئين. فالرفيق إذا زنا بحرة رُجمت، وكذا بالعكس. فإذا وطء البالغة صغير، ففيه وجهان، وكذا بالعكس.

وإنما ينقدح هذا في الذى لا يشتهى، أما المراهق فلا ينقدح فيه خلاف؛ إذ العاقلة إذا مكنت مجنوناً رُجمت. والمراهق المشتبه كالمحنون. والثيرب إذا زنى بيكر رجم وجلدت، وكذا بالعكس.

أما الحرية إذا انعدمت اقتضى تشطير الحد، فيجلد الرفيق خمسين جلدة، وفي تغريبه قولان: أحدهما: أنه لا يغرب؛ نظراً للسيد. والثاني: أنه يُغرب.

وفي قدره وجهان: أحدهما: أنه يُغرب نصف سنة، تشطيراً. والثاني: أنه يكمل؛ لأن ما يتعلق بالطباع لا يؤثر فيه الرق كملة العنة.

ثم في أصل التغريب مسائل:

الأولى: أن المرأة لا تغربها إلا مع محرم. فإن كانت الطرق آمنة، ففي تغريبها من غير محرم وجهان، ووجهه: أن هذا سفر واجب كالهجرة.

فإن أوجبنا المحرم، ولم يوافق إلا بالأجرة فأجرته عليها على وجه، وعلى بيت المال على وجه كأجرة الجلاد.

وهل للسلطان إجبار المحرم بالأجرة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه تغريب من لا ذنب له. والثاني: نعم، وإنما هو استعانة في إقامة حد؛ فتجب الإجابة.

الثالثة: مسافة الغربة يقلدها السلطان، ولكن لا تنقص عن مرحلتين؛ لأن الوحشة تلتقى بتواصل الخبر.

ثم إذا غربناه إلى بلدة لم نمنعه من الانتقال إلى أخرى، وقيل: يمنع. وهو زيادة حبسٍ ضُمَّ إلى تغريب بغير دليل.

نعم، لو عين الإمام جهة المشرق، والتمس جهة المغرب، ففيه خلاف، والظاهر: اتباع رأى الزاني؛ لأن الغرض الإزعاج. نعم، الغريب إذا زنى أزعجناه؛ لينقطع عن عمل الفاحشة. فلو كان إلى وطنه مرحلتان فلا نغربه إلى وطنه. وإن غربناه إلى بلدة، فانتقل إلى وطنه، ففي منعه نظرًا، والظاهر أنه لا يمنع.

الثالثة: لو عاد المغرب إلى مكانه، غربناه ثانيًا، ولم تحسب المدة الماضية على الأظهر؛ لأن لتوالي الغربة تأثيرًا لا ينكر كتوالي الجلدات. هذا بيان الإحصان.

أما الإسلام فليس من الإحصان عندنا، بل يرحم الذمى إذا رضى بحكمنا، بخلاف لأبي حنيفة، رضى الله عنه؛ وقد رحم النبي ﷺ يهوديين^(١) بإقرارهما كان قد أحصنا، وذلك إذا رضوا بحكمنا. ولو رضوا ففى شرب الخمر لم نخدمهم؛ لأنهم لا يعتقدون تحریمه، وقد التزمنا متاركته. والأظهر أن الحنفى يُحد على شرب النبيذ؛ لأنه فى قبضة الإمام، والحاجة ماسة إلى زجره.

(١) ورد ذلك من حديث عبد الله بن عمر، رضى الله عنهما، «أن رسول الله ﷺ أتى يهودى ويهودية قد زنيا. فانطلق رسول الله ﷺ حتى جاء يهود. فقال: [ما تجدون فى التوراة على من زنى؟] قالوا: نسود وجوههما ونحملهما. وختالف بين وجوههما. ويطاف بهما. قال. [فأتوا بالتوراة إن كنتم صادقين] فجاءوا بها فقرأوها، حتى إذا مروا بآية الرجم، وضع الفتى الذى يقرأ، يده على آية الرجم. وقرأ ما بين يديها وما وراءها. فقال له عبد الله بن سلام، وهو مع رسول الله ﷺ: مره فليرفع يده فرفعها فإذا تحتها آية الرجم. فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجها». هذا لفظ مسلم (١٦٩٩)، وأخرجه البخارى (٦٨٤١)، وأبو داود (٤٤٤٦)، وعبد الرزاق (٢٠٣٢٦)، والطبرانى (٣٨٠/١٢)، ومالك (٨١٩)، والسيوطى فى الدر المنثور (٣٨٢/٢)، ٢٨٣، ١٦٧/٥، والبغوى فى شرح السنة (٢٨٤/١٠)، والتبريزى فى مشکاة المصابيح (٣٥٠٩)، وابن حجر فى فتح البارى (١١٦/١٢).

فأما قولنا: (إيلاج فرج في فرج) فيتناول اللواط، وفي أربعة أقوال: أحدها: أنه يقتل الفاعل والمفعول به بالسيف؛ لقوله ﷺ: «من رأبتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»^(١). والثاني: أنه يرجم بكل حال؛ تغليظاً. والثالث، وهو مخرج: أن الواجب التعزير. والرابع: أنه كالزنا؛ فيوجب الرجم على المحصن، والجلد على غيره.

ثم الإصابة في نكاح صحيح، هل ينقدح اعتبارها في المفعول به؟ فيه نظر وتردد. وفيما إذا أتى امرأة أجنبية، قيل: هو كاللواط، وقيل: هو كالزنا قطعاً. والغلام المملوك كغير المملوك. وقيل: إنه كوطء الأخت المملوكة.

ولو أتى زوجته أو جاريتها في دبرها، فالمذهب: سقوط الحد؛ لأنها محل الاستمتاع بخلاف الغلام، وفيه وجه بعيد.

فأما قولنا: (مُشْتَهَى طبعاً) احترازاً به عن الإيلاج في الميت، فلا حد فيه، بل التعزير. وفي البهيمة قولان، المنصوص: أنه التعزير لا غير؛ لأنه غير مشتهى في حالة الاختيار. وفيه قول مخرج أنه كاللواط.

وعلى هذا في قتل البهيمة وجهان. ووجه القتل: قوله ﷺ: «اقتلوا الفاعل والمفعول به» فقيل للراوى: ما ذنب البهيمة؟ فقال: إنما تقتل حتى لا تُذكر^(٢).

(١) الحديث عن ابن عباس مرفوعاً [من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به]، أخرجه الترمذى (١٤٥٦)، وأبو داود (٤٤٦٢)، وابن ماجه (٢٥٦١)، وأحمد (٣٠٠/١)، والبيهقى (٢٣٢/٨)، والحاكم (٣٥٥/٤)، والدارقطنى (١٢٢/٣)، والزبلى فى نصب الرأية (٣٣٩/٣)، والسيوطى فى الدر المنثور (١٠١/٣ - ١٣١١٨، ١٣١٣٢)، والبخارى فى شرح السنة (٣٠٨/١٠)، والبربرى فى مشكاة المصابيح (٣٥٧٥)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٥٠٤/٤)، وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (١٧٦٨/٥)، والألبانى فى إرواء الغليل (١٦/٨).

(٢) لم يأت الحديث بهذه الصيغة إنما أتى بالفاظ منها: [من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة] أخرجه عن عمرو بن أبى عمرو، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً: ابن ماجه (٢٥٦٤)، وأحمد (٢٦٩/١)، والبيهقى (٢٣٤/٨)، والدارقطنى (١٢٦/٣)، والهيثمى فى مجمع الزوائد (٢٧٣/٦)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٥٥١٤)، والألبانى فى إرواء الغليل (١٣/٨).

وبلفظ: [من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة] أخرجه عن داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعاً، قال الشوكانى: وإبراهيم المذكور قد وثقه أحمد. أخرجه: الترمذى (١٤٦٢)، وابن ماجه (٢٥٦٤)، والبيهقى (٢٣٤/٨، ٢٣٧)، والحاكم (٣٥٦/٤)، والدارقطنى (١٢٦/٣)، والزبلى فى نصب الرأية =

وفيه وجه: أنها إن كانت مأكولة ذبحت، وإلا فلا؛ لأن حرمة الروح مرعية، ولا تكليف. فإن قلنا: تقتل، وكانت محرمة اللحم، ففي وجوب قيمتها وجهان: أحدهما: لا تجب؛ لأنه مستحقة القتل شرعاً. والثاني: نعم؛ لأنه السبب.

ثم تجب على الفاعل، أو على بيت المال؟ فيه وجهان. وإن كانت مأكولة اللحم، ففي حل أكلها وجهان إذا ذبحت، والأصح: الحل. والثاني: لا؛ لأنه حيوان وجب قتله. فإن أوجبنا الحد، فلا بد من أربعة عدول. وإن أوجبنا التعزير، ففيه وجهان، والنص يدل على اشتراط العدد.

وقولنا: (محرم) احترزنا به عن وطء المنكوحة: الصائمة، والمحرمة، والحائض، والرجعية، فلا حد فيه؛ إذ ليس التحريم بعينه^(١).

وقولنا: (قطعاً) احترزنا به عن الوطء بالشبهة، وفي النكاح الفاسد، وفي المتعة، فإن فيه كلاماً.

وقولنا: (لا شبهة فيه) مأخوذ من قوله ﷺ: «ادرعوا الحدود بالشبهات»^(٢).

والشبهة ثلاثة وهي: إما في المحل، أو الفاعل، أو طريق الإباحة. أما الشبهة في «المحل» فكالمملك، فلا حد على من يبطأ مملوكه وإن كانت محرمة عليه برضاع، أو نسب، أو شركة في ملك، أو تزويج، أو عدة من الغير؛ لأن المبيع قائم كما في وطء الصائم والحائض.

= (٣/٣٤٣)، والمتقى الهندي في كنز العمال (١٣١٢٢)، والطبراني (٢٢٥/١١)، والألباني في إرواء الغليل (١٤/٨، ٢٢)، وإبراهيم المذكور الذي وثقه أحمد. قال البخاري: منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ. وله طرق أخرى ضعيفة أيضاً.

وبلفظ: [ملعون من وقع على بهيمة وقال: اقتلوه واقتلوها لا يقال: هذه اتى فعل بها كذا وكذا]، أخرجه البيهقي (٢٣٨/٨)، وأحمد (٢١٧/١، ٣١٧)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٤)، قال الشوكاني: ومال البيهقي إلى تصحيحه ورواه أيضاً عباد بن منصور، عن عكرمة. ورواه عبد الرزاق، عن إبراهيم بن محمد، عن داود بن الحصين، عن عكرمة، وإبراهيم ضعيف، وإن كان الشافعي يقرى أمره. أ. هـ.

أما عمرو بن أبي عمرو المذكور في اللفظ الأول، احتج به الشيخان ووثقه يحيى بن معين. وقال البخاري: عمرو صدوق ولكنه روى عن عكرمة مناكير. انظر: نيل الأوطار (١١٨/٧، ١١٩)، والغني في الضعفاء للنهبي (٤٦٨٦).

(١) سبق أن بينا أن الحرام ينقسم إلى: ١- حرام لذاته، ٢- حرام لغيره، فراجع

(٢) الحديث أخرجه: الزيلعي في نصب الراية (٣٣٣/٢)، العجلوني في كشف الحما (٧٣/١)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٥٦/٤)، والمتقى في كنز العمال (١٢٩٥٧، ١٢٩٧٢)، والخطيب في تاريخ بغداد (٣٠٣/٩).

وإذا وطء جارية ابنه وأجبلها، فلا حد؛ إذ انتقل الملك إليه. وإن لم تحبل فالظاهر أن لا حد؛ لأن له في ماله شبهة استحقاق الإعفاف. وللشافعي، رضي الله عنه، قول قديم: أن الحد يجب حيث يحرم الوطء بالنسب والرضاع، ويجرى في كل تحریم مؤبد، ولا يجري في الحيض والصوم. وهل يجري في المملوكة المعتدة والمزوجة؟، فيه تردد.

وأما الشبهة في «الفاعل» فهو أن يظن التحليل كما لو زفت إليه غير زوجته، فظنها زوجته، أو صادف امرأة على فراشه ظنّها زوجته القديمة، أو عقد عقدًا ظنه صحيحًا وليس بصحيح: فلا حد؛ إذ لا أثم مع الظن.

وأما الشبهة في «الطريق» فهو كل ما اختلف العلماء في إباحته، فلا حد على الواطئ في نكاح المتعة؛ لمذهب ابن عباس، رضي الله عنه، وفي نكاح بلا ولي؛ لمذهب أبي حنيفة، رحمه الله، وبلا شهود؛ لمذهب مالك، رحمه الله^(١). وفي القديم قول: أنه يجب في نكاح المتعة؛ لأنه ثبت نسخه قطعًا. وذهب الصيرفي إلى إيجابه في نكاح بلا ولي حتى على الحنفى؛ لظهور الأخبار فيه، وجعله كالحنفى إذا شرب النبيذ. وهو بعيد. وما جاوز هذه الشبهات فلا عبرة بها عندنا، فيجب الحد على من نكح أمه، أو محارمه، أو زنى بها.

وكذا إذا أسوجرت للزنا، أو أباحت المرأة نفسها أو جارتها، أو زنا ناطقًا بخرساء، أو أعرس بناطقة، أو عاقلة مكنت مجنونًا، أو اعترف أحد الواطئين دون الثاني، أو زنا بامرأة يستحق عليها القصاص، أو زنا في دار الحرب، وخالف أبو حنيفة، رحمه الله، في جميع ذلك.

نعم، اختلف أصحابنا في إقامة الحد في دار الحرب؛ لما فيه من إثارة الفتنة، واختلفوا في المكروه على الزنا، والظاهر: أنه لا يجب. أما المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا، فلا خلاف أنه لا حد عليها.

هذا بيان موجب الحد، وينبغي أن يظهر للقاضي بجميع قيوده وحدوده حتى يجوز له إقامة الحدود، وذلك بالشهادة والإقرار، ويكفي الإقرار مرة واحدة، وقال أبو حنيفة،

(١) لا وجه للجمع بين مذهب ابن عباس الذي غاب عنه دليل النسخ ورده في ذلك عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، فرجع عنه، وبين مذهب أبي حنيفة في النكاح بلا ولي، ومالك في النكاح بلا شهود إذ لكل منهما رحمه الله أدلة على ما ذهب إليه بل وأدلة على إسقاط أدلة المخالفين، فليست المتعة من باب ما اختلف العلماء في إباحته؛ لأن ابن عباس الذي أفتى به رجع عن فتياه، ووقع الإجماع على تحريره من أهل السنة، أما ما ذهب إليه الإمامان أبو حنيفة ومالك فلا يزال من باب الخلاف فلا وجه هنا للمقارنة والمداخلة وتساوى الشبهة.

رحمه الله: لا بد من التكرار حتى قال: لو ثبت الحد بالشهادة، فصدق الشهود، فلا حد، وإن كذب أقيم الحد. ولا خلاف عندنا أنه إذا رجع وكذب نفسه لم نقم الحد؛ لأن حق الله تعالى على المساهلة. والقصاص لا يسقط بالرجوع، وفي حد السرقة خلاف، والأظهر أنه يسقط.

وهل ينزل منزلة الرجوع التماسه ترك الحد، أو هربه، أو امتناعه من التمكين؟ فيه وجهان، أقيسهما: أنه لا يؤثر، ووجه الإعراض عنه أن شارب حمير هم رسول الله ﷺ بجده، فهرب ولاذ بدار العباس، فلم يتعرض له^(١).

ثم هذا إنما ينفع فيما يثبت بالإقرار، فإن ثبت بالشهادة لم ينفع شيء إلا التوبة، وفيه قولان: أحدهما: أنه لا يسقط؛ إذ يصير ذلك ذريعة. والثاني: أنه يسقط كما يسقط عن قطاع الطريق إذا تابوا قبل الظفر بهم، كما ورد به القرآن^(٢). وفي توبته بعد الظفر به أيضاً قولان، والهرب لا يبعد أن يؤثر على رأي وإن ثبت بالشهادة.

وفي المسقطات في الشهادة عليه، مسائل:

أحداها: لو شهد أربعة على زنا امرأة، لكن شهد اثنان على أنها مطاوعة، واثنان أنها مكروهة: فلا حد عليها. وفي وجوب حد القذف على شاهدي المطاوعة قولان؛ إذ لم يكمل عدد شهادتهم. أما الرجل المذكور بالزنا، فقد كمل العدد في حقه. فإن حددنا الشاهدين حد القذف، فقد صاروا فاسقين فلا يجب الحد على الرجل بشهادتهما. وإن قلنا: لا حد عليهما، فالأظهر وجوب حد الزنا عليه. وفيه وجه من حيث إن اختلاف الشهادة في الصفة أوردت إشكالاً في الأصل.

الثانية: لو شهد أربعة على زناها، فشهدن أربعة على أنها عذراء: فلا حد عليها، ولا يجب حد القذف على الشهود؛ لاحتمال عود العذرة، فيسقط كل حد باحتمال.

الثالثة: لو شهد أربعة على الزنا، وعين كل واحد زاوية أخرى من البيت، فلا حد عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

(١) الحديث، أخرجه: أبو داود (٤٤٧٦)، والطبراني (٢٣٥/١١)، والحاكم (٣٧٣/٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٣٦٢٢)، قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٤٩/٧): حديث ابن عباس، أخرجه أيضاً النسائي، وقرئ الحافظ إسناده.

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤].

الطرف الثاني في الاستيفاء

والنظر في كفيته ومتعاطيه:

أما الكيفية، فيرعى منها أربعة أمور:

أحدها: حضور الوالي والشهود، وبداية الشهود بالرمي، وذلك مستحب عندنا. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يجب حضور الوالي إن ثبتت بالإقرار، وحضور الشهود إن ثبتت بالشهادة، ويجب بدايتهم بالرمي.

الثاني: حجارة الرجم لابد منها، فلو عدل إلى السيف: وقع الموقع، ولكن فيه ترك التنكيل المقصود. ثم لا ينبغي أن يُثخن بصخرة كبيرة دفعة، ولا أن يطول عليه بحصيات خفيفة.

الثالث: إن كان الزاني مريضاً، وهو مرجوم، فيرجم؛ لأنه مستهلك، وإن كان يجلد فيؤخر إلى البرء إن كان منتظراً. ولا يحبس إن ثبتت بإقراره؛ لأنه مهما أراد، قدر على الرجوع. وإن ثبتت بالبينة حُبس كما تحبس الحامل.

وإن كان مجروحاً ولا ينظر زوال ما به، ولا يحتمل مائة جلدة، فقد قال ﷺ في مثله: «خذوا عثكاًلاً عليه مائة شراخ فاجلدوه به»^(١). والأظهر أنه يضرب به ضرباً فيه إيلاء، ولا يكتفى بما يكتفى به في اليمين. ولا يشترط أن تمسه جميع الشماريخ، بل يكفي أن تتشاكل عليه وتنكس، فلو كان عليه خمسون، ضربناه مرتين. فلو كان يحتمل كل يوم سوطاً فلا نفرق، بل يجلد في الحال. ولو كان يحتمل سياطاً خففاً.

فظاهر كلام الأصحاب أنه يعدل إلى العثكال؛ لإطلاق الخبر، ويحتمل أن يقال: ذلك أقرب إلى الحد. فإذا ضربناه بالعثكال، فزال مرضه على الندور، لم نعد الحد، بخلاف حج العضوب^(٢).

(١) الحديث من طرق عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، عن أبيه، وعن أبي أمامة بن سهل، عن أبي سعيد الخدري، وقال الطبراني: إن كانت الطرق كلها محفوظة فيكون أبو أمامة قد حمله عن جماعة من الصحابة وأرسله أخرى. وروى أيضاً من حديث الزهري، عن أبي أمامة، عن رجل من الأنصار. قال الحافظ في بلوغ المرام: إسناده هذا الحديث حسن ولكن اختلف في وصله وإرساله. انظر: نيل الأوطار (١١٤/٧، ١١٥)، والحديث أخرجه: أحمد (٢٢٢/٥)، والبيهقي (٢٣٠/٨)، والطبراني (٧٧/٦، ١٠٣)، والبيهقي في شرح المنة (٣٠٣/١٠)، والمتقى الهندي في كنز العمال (١٢٩٥٨)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٥٩/٤)، والسيوطي في الدر المنثور (٣١٧/٥).

(٢) للعضوب: الضعيف، وقد سبق في كتاب الحج.

الرابع: الزمان، فلا يقام الجلد في فرط الحرّ والبرد، بل يؤخر إلى اعتدال الهواء. والرجم، إن ثبت بالبينة، يقام بكل حال، وإن ثبت بالإقرار يؤخر إلى اعتدال الهواء؛ لأنه ربما يرجع إذا مسته الحجارة فيسرى القليل منه في الحر.

وإذا بدر الإمام في الحرّ المفرط، فجلد ومات، فالنص أنه لا يضمن، ونص أنه لو حتن الإمام ممتنعاً عن الحتن في الحر، فسرى: ضمن. فقيل: قولان، بالنقل والتخريج: أحدهما: أنه يضمن؛ لإفراطه في البدار في غير وقته. والثاني: لا يجب؛ لأن الحد مستحق، ولم يزد على المستحق.

وقيل بالفرق؛ لأن الخيار ليس إلى الولاية في الأصل، فجاز بشرط سلامة العاقبة، بخلاف الحد. فإن قلنا: يضمن، أوجبنا التأخير. وإن قلنا: لا، جعلنا التأخير مستحباً، لا واجباً. ويجوز أن يقال: يباح التعجيل، ولكن بشرط سلامة العاقبة.

ثم يحتمل أن يقال: شرطه أن تغلب السلامة منه؛ إذ ليس المراد من الحد القتل، حتى لو تعدى به متعد فلا قصاص. ويحتمل أن يقال: لا يعتبر ذلك إلا في التعزير، أما الحد فلا يبعد أن يكون قاتلاً فلا يجب القصاص به، ومن مات به فالحق قتله، ويدل عليه نص الشافعي، رضى الله عنه، على جواز المبادرة في الحر.

فأما المستوفى للحد، فهو الإمام في حق الأحرار، والسيد في حق المماليك عندنا لا في المكاتب، ومن نصفه حر ونصفه رقيق. فأما المدبر وأم الولد فقيّن، وللإمام الاستيفاء أيضاً.

ثم إذا اجتمع السيد والسلطان، فأيهما أولى؟ فيه احتمال. وهل للسيد تعزير عبده؟ الظاهر أن له ذلك. وقيل: لا؛ إذ قال رسول الله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فليحدها»^(١) فلم يرد الخبر إلا في الحد.

ثم اختلفوا في أن مأخذه: الولاية أو استصلاح الملك؟ فإن قلنا: مأخذه الولاية، لم يكن ذلك للمرأة والفاسق والمكاتب في عبيدهم. وكذلك اختلفوا في القطع والقتل، فمن جعله ولاية سلط السيد عليه، ومن جعله استصلاحاً، فهو استهلاك، فلا يقدر

(١) هذا اللفظ الذي أورده المصنف لم يخرج إلا أبو داود (٤٤٧٠)، أما لفظ إذا زنت الأمة فأجلدوها، فأخرجه من طرق عن أبي هريرة، رضى الله عنه، مرفوعاً. البخاري (٦٨٣٩)، ومسلم (الحدود ٣١)، والترمذي (١٤٣٣)، وابن ماجة (٢٥٦٦)، وأحمد (٦٥/٦)، وابن عدى في الكامل في الضعفاء (١٧٢٩/٥)، والدارقطني (١٩٧/٣)، وعبد الرزاق (١٣٦٠٠)، والذهبي في ميزان الاعتدال (٥٩٩٩)، وابن أبي حاتم في علل الحديث (١٣٦٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٩٨/٩)، والمتقى في كنز العمال (١٣١٠٥). وللحديث أنفاظ أخرى كثيرة.

عليه. ومنهم من قال: في القطع استصلاح بخلاف القتل.

ثم هذا فيه إذا شهد السيد الفاحشة أو أقر. فأما إذا شهد الشهود، فإن قلنا: استصلاح، فليس له منصب الحكم. وإن قلنا: ولاية، فوجهان؛ لأن الحكم يستدعي منصباً، فإن منعه فيستوفيه إذا قضى به القاضي. فإن جوزنا له سماع البينة، لم نشترط كونه مجتهداً، بل يكفيهِ العلم بما يوجب الحد.

فرع: من قتل حداً، غسل، وصلى عليه، ودُفن في مقابر المسلمين كالمقتول قصاصاً.

الجنابة الرابعة هي: القذف

كتاب حد القذف

والنظر في الموجب والواجب:

أما الموجب: فالنظر في القذف، والقاذف، والمقذوف.

أما القذف: فقد ذكرناه في اللعان. والذي نزيد الآن أنه لا بد أن يكون في معرض التعبير، فلو كان في معرض الشهادة فلا حد إلا إذا رُدَّت الشهادة لعدم الأهلية، كما لو كان الشاهد عبداً أو ذمياً، فعليهم حد القذف. وإن رُدَّت الشهادة بنقصان العدد، بأن شهد ثلاثة، ففيه قولان:

أقيسهما: أنه لا يجب؛ لأن الشهادة أمانة يجب أدائها، وكل واحد لا يكون على ثقة من مساعدة غيره. والثاني: أنه يجب؛ لقصة عمر، رضي الله عنه، مع أبي بكر^(١).

وأما إذا شهد له أربعة، ثم رجع واحد، فالراجع محدود، والمُصر غير محدود؛ إذ تمت الشهادة أولاً، وقيل بطرد القولين. وهو بعيد. ثم ذلك لا ينقذ في الرجوع بعد القضاء أصلاً.

أما إذا رُدَّت الشهادة بالفسق: فإن كان بفسق يباهر به، ففيه قولان، وإن كان بفسق خفي انكشف، فقولان مرتبان، وأولى بأن لا يحد، ووجه إسقاط الحد: أن الفاسق من أهل الشهادة عند بعض العلماء.

أما رد شهادتهم بأداء اجتهاده إلى فسقهم، فلا حد عليهم؛ إذ الحد يسقط بالاحتمال.

أما القاذف: فيعتبر فيه التكليف والحرية. وإن انتفى التكليف فلا حد. وإن انتفت الحرية تشطر الحد. وهذا يدل على مشابهته حقوق الله تعالى، لكن الغالب في حد

(١) انظر: القصة في السنن الكبرى للبيهقي (٨/٢٣٤، ٢٣٥).

القذف حق الآدمي؛ إذ يسقط بعفو المَقْذُوف ولكن لا يسقط بإباحة القذف على الصحيح.

ولا يقع للموقع إذا استوفى المَقْذُوف؛ لأن للاجتهاد دخلاً في تقدير وقوع الجلدات، فهو من شأن الولاية، لا كالقتل الذي يقع موقعه في حق الزاني المحصن إذا بادر إليه واحد من المسلمين وإن تعدى به.

ومستحق القطع والقتل قصاصاً، عليه أن يرفع إلى القاضي، فإن استقل به وقع موقعه. وينقدح وجه في حد القذف أيضاً؛ أنه يقع موقعه.

أما المَقْذُوف: فيعتبر إحصانه لإيجاب الحد، وقد ذكرناه في اللعان.

الطرف الثاني: في قدر الواجب، وهو ثمانون جلدةً على الحر، وأربعون على الرقيق. فإن تعدد القذف، بأن نسبه إلى زنتين، فإن لم يتخلل استيفاء الحد: تداخل، وإن تخلل فقولان: أحدهما: أنه يحل حداً آخر؛ لتجدد الموجب. والثاني: لا؛ لأنه قد ظهر كذبه في حقه مرة واحدة.

ولو عين الزنا بشخص أولاً، ثم أطلق الزنا ثانياً: حمل على الأول ما أمكن، ولم نستأنف الحد.

ولو قذف شخصين بكلمتين فحدان. ولو قال: زنتما، ففي تعدد الحد خلاف، وقد ذكرناه في اللعان في جملة من أحكام القذف والحد؛ فلا نعيده.

الجنابة الخامسة الموجبة للحد: السرقة

كتاب حد السرقة

والكلام فيه في: الموجب، وفي طريق إيجابه بالحجة، وفي الواجب.

الطرف الأول: في الموجب، وهو السرقة

ولها ثلاثة أركان: المسروق، والسرقة، والسارق.

الركن الأول: المسروق

وله ستة شروط: أن يكون نصائباً، مملوكاً لغير السارق، ملكاً محترماً، تاماً، مُحَرَّرًا، لا شبهة للسارق فيه، فلنشرح هذه القيود:

الشرط الأول: النصاب: وهو عندنا ربع دينار^(١) فصاعداً؛ لقوله ﷺ: «لا قطع إلا

(١) ربع الدينار = ١,٦ جراثاً من الذهب. انظر: معجم لغة الفقهاء (ص ٢١٢).

فى ربع دينار^(١). وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «هو دينار أو عشرة دراهم». وقال مالك، رحمه الله: هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم. وقال داود، رحمه الله: لا يشترط النصاب. ثم نريد الربع المضروب دون الإبريز^(٢).

فروع: الأول: لو سرق ربع مثقال من الإبريز لا يسوى ربعاً مضروباً، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا قطع؛ لأننا نقوم السلع بالمضروب، وهو كسلعة. والثاني: يجب؛ لأن الاسم ينطلق عليه، فيجب به وإن لم يقوم به. وعلى هذا، لو سرق خاتماً قيمته ربع، ووزنه سلس: وجب القطع إن اعتبرنا التقويم، وإن اعتبرنا بالوزن فلا قطع.

الثاني: لو سرق دنانير، ظنها فلوساً، لا تساوى ربعاً: وجب القطع، ولا يشترط علمه بكونه نصاباً. ولو سرق حبة قيمتها دون النصاب، لكن فى جيبتها دينار، وهو لم يشعر به: وجب الحد. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجب. ولأصحابنا وجه يوافقه من حيث إنه لم يقصد إخراج دينار.

الثالث: لو نقص قيمة النصاب، بأكله أو تمزيقه، قبل الإخراج من الخزانة: فلا قطع، وإن نقص بعد وجب القطع. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجب.

الرابع: لو أخرج نصاباً، ولكن بكرات، وكل كربة ناقصة عن نصاب: فلا قطع، وإنما تعدد الكرات بأن يعاد إحكام الخز، ويطلع المالك على الأول. فلو لم يتخلل ذلك ولكن كان يخرج شيئاً شيئاً، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يجب؛ لتعدد الصورة. والثاني: يجب؛ إذ السارق قد يحتاج إلى أن يخرج مفرقاً. والثالث: أنه إن تخلل طول زمان، أو رد المسروق إلى بيت السارق، ولو فى زمان قصير، فلا قطع، وإن لم يتخلل شيء من ذلك فمتحد.

الخامس: لو فتح أسفل كندوج، وكان يخرج شيئاً شيئاً على التواصل، فإن قلنا: يجب

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: المتقى الهندي فى كنز العمال (١٣٣٤٥)، والطحاوى فى شرح معاني الآثار (١٦٦/٣)، والبخارى فى التاريخ الكبير (٢١٠/٧)، وابن حجر مى فتح البارى (١٠٣/١٢)، وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٢٣٠٢/٦).

وعن عائشة رضى الله عنها، مرفوعاً بلفظ: تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً، أخرجه: البخارى (٦٧٨٩)، ومسلم (١٦٨٤)، والنسائى (قطع السارق ب ١٠)، وأبو داود (٤٣٨٤)، وأحمد (٣٦/٦، ١٦٣، ٢٥٢)، والبيهقى (٢٥٤/٨)، وابن حجر فى تلخيص الحبير (٦٤/٤)، وفتح البارى (٩٦/١٢، ١٠١، ١٠٢)، والساعاتى فى منحة للمعبود (١٥٣٢)، وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٣٢٧/١)، والألبانى فى إرواء الغليل (٦٠/٨).

(٢) الإبريز: الذهب الخالص. ويقال: ذهب إبريز. المعجم الوسيط (٢/١).

ثم وإن لم يتواصل، فهانها أولى، وإن لم نوجب ثم فهانها وجهان؛ لأن الفعل متحد ولا خلاف أنه لو أخذ طرف منديل فكان يجره، ويخرج من الخرز شيئاً شيئاً؛ وجب القطع؛ لأن ذلك في حكم المتحد. ولو أخرج نصفه وترك النصف الآخر في الخرز، فلا قطع وإن كان القدر المخرج، لو فصل، لكان يساوى نصائباً؛ لأنه شيء واحد ولم يتم إخراجه.

السادس: لو جمع من البذور المبتوث في الأرض ما يبلغ نصائباً، وهو حرز، فالصحيح وجوب القطع. وقيل: لا يجب؛ لأن كل حفرة حرز حبة، فلم يخرج من كل حرز إلا بعض النصاب.

السابع: إذا اشترك رجلان في حمل ما دون نصف دينار: فلا قطع عليهما، ولو حملا مقدار نصف؛ لزمهما؛ إذ يخص كل واحد نصاب.

فإن قيل: كيف يجب القطع بالتقويم وهو مجتهد فيه؟، قلنا: ينبغي أن يقطع المقوم بأنه يساوى الربع، فلو قال: أظن أنه يساوى، لم يجب.

الشرط الثاني: أن يكون مملوكاً لغير السارق: فلا قطع على من سرق ملك نفسه وإن كان مرهوناً أو مستأجرًا، وكذا لو طرأ ملكه قبل إخراجه بموت الموروث، فلا قطع. ولو طرأ بعد الإخراج لم يؤثر عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

ثم لو ادعى السارق الملك، سقط الحد بمجرد دعواه؛ إذ صار خصمًا يجب اليمين بدعواه على صاحب اليد، فيبعد أن تقطع يده يمين غيره. وفيه قول مخرج: أنه يجب الحد؛ لأن هذا يصير ذريعة.

ثم إذا فرعنا على النص، فلو ادعى الملك لشريكه في السرقة، أو لسيده، وهو عبد، سقط أيضًا. نعم، لو كذب السيد، أو الشريك، سقط عن المدعى أيضًا، ولكن هل يسقط عن الشريك المكذب؟، فيه وجهان، أظهرهما: أنه لا يسقط؛ لأنه لم يدع لنفسه شبهة، وقال القفال: يسقط؛ لأنه جرت الدعوى، لو صدق لسقط، فصار كمن لو أقر المسروق منه للسارق، فكذب، فإنه لا قطع.

الشرط الثالث: أن يكون محترماً: فلا قطع على سارق الخمر والخنزير؛ لأنه لا مائة ولا حرمة، ولا على سارق الطنبور والبربط والملاهي^(١)، وإن كان الرضاض^(٢) بعد

(١) [الطنبور]: يقصد به آلة من آلات اللعب واللهو والطرب ذات عتق وأوتار. ولا يقصد آلة من آلات الرى تدار باليدين. انظر: المعجم الوسيط (٥٦٧/٢). [البربط]: العود. انظر المعجم الوسيط (٤٦/١). [الملاهي]: آلات اللهو والموسيقى (ص ١٧١٧)، القاموس المحيط قلت: هذا =

الكسر يساوى نصاباً مهما أخرجته على قصد الكسر، وإن قصد السرقة، فوجهان: أحدهما: يجب؛ لأنه لم يُخرج على الوجه الجائز. والثاني: لا يجب؛ لأن الخرز لا يتحقق معه، وهو مسلط على الدخول والإخراج. ويطرد هذا في أواني الذهب والفضة حيث يجب كسرها.

الشرط الرابع: أن يكون الملك تاماً قوياً: احترزنا (بالتمام) عما يكون للسارق فيه شركة أو حق، فلو سرق أحد الشريكين مالاً مشتركاً من صاحبه، فالظاهر: أنه لا قطع عليه، حتى لو لم يكن له من ألف دينار سرقة إلا دينار: فلا قطع؛ إذ لا جزء منه إلا وله فيه حق شائع فيصير شبهة. ومنهم من قال: لا أثر للشركة، بل لو سرق نصف دينار من مال مشترك بينهما: قطع؛ إذ قدر النصاب ليس ملكاً له مما أخرجته. ومنهم من قال: هو كذلك إن لم يكن المال قابلاً للقسمة.

أما إذا كان بينهما ديناران، فسرق أحدهما ديناراً فلا قطع، ويحمل ذلك على قسمة فاسدة. ولو سرق ديناراً وربعا: لزمه لا محالة.

أما ما للسارق فيه حق، كمال بيت المال، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا قطع؛ لأنه مُرصد لمصلحته إذا مست حاجته إليه ولا ينظر إلى استغنائه في الحال؛ كالابن لا تقطع يده بسرقة مال أبيه وإن كان غنياً. والثاني: أنه إن سرق من مال الصدقات من هو فقير: فلا قطع، وإلا فيجب، وأما الابن فلا قطع لأجل البعضية، ويدل عليه أن الذمي لو سرق قطع، ويتصور أن يُقدر إسلامه. وفيه وجه: أنه يُقدر كما يُقدر الفقر في الغنى.

ولا خلاف في أن ما أفرز للمرتزقة، أو ميز من الخمس لذي القربى واليتامى وقلنا: إنه ملكهم، فإذا سرقة من ليس منهم، يقطع.

فأما (القوة) فاحترزنا به عن الملك الضعيف، كالمستولدة والوقف، وفيهما وجهان، أصهما الوجوب؛ لتحقيق أصل الملك ولزومه.

وأما المساجد، ففي حصرها وقناديلها، ثلاثة أوجه: يفرق في الثالث بين القناديل والزينة، وبين الفرش التي يتنفع به كل أحد. وأما باب المسجد وأجذاعه وسائر أجزائه: فيجب فيه القطع، ويتجه فيه أيضاً تخريج وجه من القنديل. والظاهر: أن من وطء جارية من بيت المال حذ كالابن يطأ جارية أبيه، وفي جارية بيت المال وجه: أنه لا يجب.

الشرط الخامس: كون المال نقياً عن شبهة استحقاق السارق:

فمستحق الدين إذا سرق مال من عليه دين ومن عليه الدين غير بماطل: قطع، وإن

= الشرط عند من يحرم آلات اللهو والموسيقى.

(٢) [الرياض]: فئات الشيء. انظر: مختار الصحاح (ص ٢٤٥).

كان مماطلاً وسرق جنس حقه، فلا قطع. إذ له أن يمتلك ذلك، وإن كان غير حنسر حقه، فالمذهب: أنه لا قطع أيضاً، وقيل: إنه يجب إن قلنا: إنه لا يملكه.

أما استحقاق النفقة، فهو سبب لإسقاط القطع؛ فلا يقطع الابن بسرقة مال أبيه وجده، وسائر أبعاضه؛ لأن ماله مرصود لحاجته، وهو محتاج إلى أن لا تقطع يده، ولا ينظر إلى غناؤه في الحال. أما نفقة الزوجية، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا تقطع يد كل واحد من الزوجين مال الآخر؛ لما بينهما من الاتحاد العرفي، وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله. والثاني: أنه يقطع؛ إذ هو اتحاد لا يوجبه الشرع. والثالث: أن الزوجة لا تقطع؛ لأجل حق النفقة، والزوج يُقطع.

التفريع: إن قلنا: لا يقطع، فلو سرق عبد أحدهما من مال الآخر، ففيه وجهان، ووجه إيجابه: أنه يلزم عليه أن لا يقطع ولد أحدهما بسرقة مال الآخر، وكيف يمكن ذلك وولد الأب يُقطع، وهو الأخ؟.

هذه وجوه للشبهة المعتبرة. ويؤثر أيضاً ظن السارق أنه ملكه، أو ملك أبيه، وأن الحرز ملكه.

فأما كون الشيء مباح الأصل، كالكلأ والصيد والحطب، أو رطباً كالنفواكه والمرق، أو مضموماً إلى ما لا قطع فيه، أو كونه مسروقاً مرة أخرى وقد قطع فيه، أو متعرضاً لتسارع الفساد كالمرق والحمد والشمع المشتعل، فكل ذلك يقطع فيه عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

وأما الماء: فإن قلنا: إنه مملوك وبلغ نصاباً، وجب القطع فيه أيضاً. ولا خلاف أنه لا يشترط كون المسروق في يد المالك، بل لو سرق في يد الوكيل والمودع والمرتهن وغيرهم: وجب القطع.

الشرط السادس: كونه مُحَرَّزاً: ونعني بالمحرز ما يكون سارقه على خطر وغرر خوفاً من الاطلاع عليه؛ فلا قطع على من يأخذ مالاً من مضیعة. وعمدة الحرز اللحاظ، فلا قطع على من سرق مالاً من قلعة حصينة في برية؛ لأنه لا خطر في أخذه بالنقب والحيل، نعم إن لم يكن للموضع حصانة، فلا بد من لحاظ دائم كالشارع والصحراء. وإن كان له حصانة كاللدور والخانوت فلا بد من أصل اللحاظ، ولا يشترط دوامه، إذ حيلة التسلق والفتح والنقب، يُنبه الملاحظين، والمحكم فيه العرف.

هذه هي القاعدة، وشرحه بصور:

الأولى: أن الإصطبل حرز للدواب دون الثياب مهما كان متصلاً بالدور؛ لأن عسر

نقل الدواب، مع أصل الحصانة واللحاظ، يوجب خطراً في سرقتها. وأما الثياب فيتيسر نقلها وإخفاؤها. وكذلك عرصة الدار حرز للفرش وثياب البذلة دون الدنانير؛ لقضاء العرف، فإن وُضع الدنانير فيه مضيع، والمحكم فيه العرف.

الثانية: ما أحرز بمجرد اللحاظ، كالمتاع الموضوع في الصحراء، أو الشارع أو المسجد، فلا بد من دوام اللحاظ بحيث لا يتفق إلا فترات لطيفة قد ينحذق السارق في معافصتها، وقد يخطئ فيه. ويسقط ذلك بالنوم، وبأن يوليه ظهره. ويضعف أيضاً بأن يكون في محل لا يلحقه الغوث فلا يبالى السارق به؛ لأنه ضائع مع ماله.

وهل يسقط الحرز بزحمة الناس، كما في المسجد المزحوم، أو الشارع؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه لا يسقط؛ لأن اللحاظ يحيط بالمتاع. والثاني: نعم؛ لأن الحس يشتغل بتزاحم الناس فيذهل عن المتاع. وهذا جار في الخباز والتاجر إذا ازدحم الناس على حانوتهم للمعاملة. أما المسجد الخالي فالفعل فيه ملحوظ إلا أن يكون وراء ظهره، فيكون مضيعاً.

الثالثة: ما يعتمد حصانة الموضع مع أدنى لحاظ، كالمتنوع في الدار، فهو محرز وإن نام صاحب الدار؛ لأن حركة السارق تنبه المالك غالباً إن كان الباب مغلقاً. وإن كان مفتوحاً بالليل فهو ضائع. وإن كان بالنهار واعتمد فيه لحاظ الجيران؛ لأن بابه مطروق، ففيه وجهان: أحدهما: أنه محرز كالمتاع على أطراف حوائط البقالين والصباغين وغيرهم، فإنه ملحوظ من جهة الجيران ومحرز به. والثاني: لا؛ لأن الأعين تقع على الأمتعة ولا تقع على قعر الدار، وينساهل الجيران إذا علموا بأن المالك فيه، ولذلك ذكروا وجهين فيما لو كان المالك مستيقظاً في الدار ولكن تغفله السارق، فهذا إما أن يكون إذا لم يكن لحاظ دائم، يكون مثله في الصحراء محرزاً، لكن قد يتردد المالك في جوانب الدار فلا يديم اللحاظ. فلو ادعى السارق أنه كان لا يديم اللحاظ، بل نام أو أعرض فيسقط الحد بمجرد دعواه كما في الملك.

الرابعة: أن الخيام ليست حرزاً؛ لأنه يمكن سرقتها في نفسها، ولكن إحكام الربط وتنضيد الأمتعة قد يغني عن دوام اللحاظ، وكذلك الدواب في الصحراء ملحوظة بأعين الرعاة إذا كانوا على نشر. فأما من يسوق قطاراً من الإبل قال الأصحاب: هو محرز بالقائد. وأقصى عدد القطار تسعة، وهو صحيح إذا كان يسوق في الأسواق؛ فإن الأعين تلاحظه، وفي سكة خالية وهو يلحظه ورائه. فإن انحرفت السكة، فما غاب عن بصره فغير محرز. أما إذا كان المكان خالياً وهو لا يلتفت، فالصحيح ما قاله أبو حنيفة، رحمه الله، وهو أنه محرز بالسائق، والمحرز بالقائد هو الأول، وبالراكب مركوبه وما

أمامه، وواحد من وراءه.

الخامسة: لا قطع على النباش إن سرق الكفن من قبر في مضیعة. وقيل: إنه يجب؛ لأنه مُحَرَز بهیة النفوس عن الموتى، وهو ضعيف. ويجب القطع إذا سرق من قبر فی بیت محروس. وكونه كفناً لا يدرأ القطع عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

أما المدفون في مقابر المسلمين على أطراف البلد، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجب؛ لأنه مُحَرَز بلحاظ الطارقين مع حصانة القبر وهیة النفوس عن الميت، فمجموع هذا يخرجُه عن كونه ضائعاً. والثاني: أنه لا قطع؛ لأنه بعيد عن الأعین، ولا مبالاة بهیة النفوس.

فإن قلنا: يجب، ففي الثوب الموضوع مع الكفن أو الملفوف على الميت زائداً على العدد الشرعی وجهان، ووجه الفرق أن العرف لا يجعل هذا حرزاً لغير الكفن كما لا يجعل الإصطبل حرزاً لغير الدواب.

ثم الصحيح: أن حق الخصومة للوارث؛ لأن الملك في الكفن للوارث على الأصح. ولو كفته أجنبی فالخصومة للمكفن وكأنه إعارة لا رجوع فيها، وإلا فلا يزال منك إلى الميت.

السادسة: إذا كان الحرز ملكاً للسارق، فله ثلاثة أحوال: إحداها: أن يكون مستأجراً منه، فعليه القطع؛ إذ ليس له الدخول، والإحراز من منافع الدار وقد زال ملكه بالإجارة. الثانية: أن يكون مستعاراً منه، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا قطع؛ إذ له الدخول إلى ملك نفسه. والثاني: يجب القطع؛ إذ الدخول على هذا الوجه غير جائز، وإنما يجوز بعد الرجوع ولم يرجع. والثالث: أنه إن قصد الرجوع بدخوله فلا قطع، وإلا قطع، وهو كالمسلم إذا وطء حریبة في دار الحرب، فمن قصد القهر والاستيلاء، فولده نسب، وإن لم يقصد فهو زان ولا نسب لولده منه.

الثالثة: أن يكون مغصوباً منه، فلا قطع عليه وإن أخذ مال الغاصب؛ لأنه لا حرز في حقه.

أما إذا لم يكن الحرز ملكه، ولكن فيه مال مغصوب منه، فدخل وأخذ غير مال نفسه، ففي القطع وجهان: أحدهما: أنه يجب؛ إذ أخذ مال غيره من ملك غيره. والثاني: لا؛ لأن له التهجم على الموضع لأجل مال نفسه؛ فسقط الحرز في حقه.

أما إذا دخل غير المغصوب منه: فإن أخذ مال الغاصب قطع. وإن أخذ المال المغصوب، ففيه وجهان مبنیان على أن غير المغصوب منه، هل له انتزاع المال من يد

الغاصب بطريق الحسبة؟.

فرع: الدار المغصوبة، هل هي حرز عن المغصوب منه؟، قال القفال، رحمه الله: ليس بحرز؛ لأن منفعة الدار غير مملوكة، والإحراز من المنافع، وفي كلام غيره إشارة إلى أنه حرز.

الركن الثاني: نفس السرقة

وهي عبارة عن إبطال الحرز، ونقل المال. والنظر فيه يتعلق بثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في إبطال الحرز. وذلك إما بالنقب أو بفتح الباب. وفيه صور:

الأولى: أنه لو نقب، وعاد ليلة أخرى للإخراج، فالظاهر وجوب القطع كالتصل، إلا أن يكون المالك قد اطلع وأهمل، فإنه لا قطع؛ إذ أخذه من مضیعة.

وإن أخرج المال غير الناقب، إما على الاتصال أو بعده، فلا قطع؛ إذ الأول لم يُخرج، والثاني أخذ من مضیعة. وذكر العراقيون وجهًا في قطع المخرج إذا جرى ذلك عن تعاون؛ كيلا يصير ذلك ذريعة إلى الإسقاط.

الثانية: إذا تعاون رجلان في النقب والإخراج جميعًا، وأخرجوا ما يخص كل واحد نصيبًا؛ قطعًا، ولا يشترط امتزاج الفعلين في النقب كما في قطع اليد لإيجاب القصاص. أما الإخراج فلا بد وأن يأخذ كل واحد منهما قدر نصاب أو يحملا قدر نصف دينار معًا، فلو أخذ أحدهما سدسًا، والآخر ثلثًا، قطع صاحب الثلث دون صاحب السدس.

الثالثة: لو اشتركا في النقب، وانفرد أحدهما بإخراج نصاب؛ فعلى المخرج القطع؛ لأن مشاركته في النقب كالانفراد، ولا يشترط امتزاج الفعلين بالنقب، بل لو أخرج أحدهما لبنه، والآخر لبنه هكذا تمت الشركة. وفيه وجه: أنه لا بد من الامتزاج والتعامل على آلة واحدة حتى يصير كالمنفرد، كالشركة في قطع اليد وفي إخراج المال.

الرابعة: لو اشتركا في النقب، ودخل أحدهما وأخرج المال إلى باب الحرز، وهو بعد في الحرز، فأدخل الآخر يده وأخرج، فالقطع عليه؛ لأنه المخرج من الحرز. ولو أخرج الداخل يده إلى خارج الحرز، وأخذ الواقف، فالقطع على الداخل. ولو وضعه على وسط النقب فأخذه الخارج، فقولان مشهوران: أحدهما: لا قطع على واحد منهما؛ إذ لم يتم الإخراج من أحدهما. والثاني: أنه يجب عليهما؛ إذ تم الإخراج بتعاونهما.

الطرف الثاني: في وجوه نقل المال. وفيه صور:

أحدها: أنه لو أرسل محضًا، فتعلق به في الحرز ثوب أو آنية وأخرجه: قطع. ولو

رماه إلى خارج الحرز قطع، أخذه، أو تركه، وقيل: إذا لم يأخذ، فلا قطع؛ لأنه تفويت وليس بسرقة. ولو أكل الطعام في الحرز وخرج، فلا قطع، ولو ابتلع ذرة وخرج. فثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يقطع كالطعام؛ فإنه استهلاك. والثاني: أنه يقطع؛ لأنه لا تهلك بالابتلاع. والثالث: أنه إن أخذها بعد الانفصال يقطع وإلا فلا.

الثانية: لو نقب أسفل كندوج، فانصب إلى خارج الحرز قطع كما لو وضع المتاع على الماء حتى جرى به إلى خارج الحرز. وقيل: بينهما فرق؛ لأنه لم يوجد في الكندوج إلا النقب، والانتقال لم يقع به، وأما الإلقاء على الماء، فهو سبب في النقل.

الثالثة: لو كان في الحرز متاع ودابة، فوضع المتاع على ظهر الدابة فخرجت، فالأظهر أنه لا قطع؛ لأن الدابة ذات اختيار بخلاف الماء، والقطع لا يجب بالسبب مع مباشرة حيوان. ومنهم من قال: إن تراخى سير الدابة عن الوضع فلا قطع، وإن اتصل فيه وجهان. وقيل: إن اتصل قطع، وإن تراخى ففيه وجهان.

وكان هذا خلاف في أن السبب، هل يكفي به لإيجاب القطع؟ وإن كان يكفي لإيجاب الغرم. وكذا لو أخذ شاة ليست بنصاب، فاتبعها الشاة، أو الفصيل، فيخرج على الخلاف؛ لأجل اختيار الدابة. وقطع الشيخ أبو علي هاهنا بالوجوب.

الرابعة: العبد الصغير، إذا أخذه وحمله من دار السيد أو حريم داره: قطع، فإن بعد عن سكة السيد وحريم داره، فهو ضائع. فإن دعاه وخدعه وهو مميز، فلا قطع؛ لأنه المستقل. وإن كان لا يعقل فهو كالبهيمة وسوقها واستتباع الشاة بها. وقد سبق. وإن أكرهه وهو مميز، فوجهان: أحدهما: لا يجب؛ لأنه خرج باختياره. والثاني: يجب، كما لو ضرب الدابة حتى خرج، فإنه يقطع وجهًا واحدًا. لكن الأدمى، وإن كان مكرهًا، فاعتبار فعله أولى، فلذلك ينقذ الفرق على وجه. أما إذا حمل عبدًا قويًا يقدر على الامتناع ولم يمتنع، فلا قطع؛ لأن حرزه قوته، وهي معه. ولو حمله وهو نائم أو سكران، فهو ضامن لو مات في يده، ولكن في كونه سارقًا نظر؛ لأنه محرز بقوته، لا بالدار.

الخامسة: لو حمل حرًا وأخرجه من داره وعليه ثيابه: فإن كان قويًا لم يدخل الثوب تحت يد الحامل، وإن كان صغيرًا ففي ثبوت اليد عليه وجهان، فإن أثبتنا اليد للضمان، ففي جعله سارقًا وجهان. أما إذا نام على بعير، فحذاء السارق وأخذ زمامه وأخرجه من القافلة، ففيه أربعة أوجه: أحدها: أنه سارق للبعير والأمتعة؛ إذ أخرجه من الحرز. والثاني: لا؛ لأن الكل تحت يد النائم، وهو محرز بقوته. والثالث: أنه إن كان الراكب قويًا فليس بسارق. وإن كان ضعيفًا، فهو سارق. والرابع: أنه إن كان حرًا فليس

بسارق، وإن كان عبداً فهو أيضاً مسروق مع الأمتعة، وهذا يستمد من الأصول السابقة.

الطرف الثالث: فى المحل المنقول إليه: فنقول: لو نقل المتاع من زاوية البيت إلى زاوية أخرى وهرب، فلا قطع. ولو أخرجه وألقاه فى مضیعة: قطع. وإن أخرجه إلى صحن الدار فى البيت: فإن لم يكن البيت مقفلاً فلا قطع؛ إذ جميع الدار حرزٌ واحد، وإن كان مقفلاً وباب الدار مفتوح: قطع. وإن كان مغلقاً أو مفتوحاً بفتح السارق قطع أيضاً، فإن إبطاله الحرز لا يؤثر فى حقه، فالدار والبيت جميعاً حرزان. أما إذا كان الدار أيضاً مغلقاً، والمال محرز بالبيت والدار جميعاً، ففى نقله إلى العرصة ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب؛ لأنه أخرج من بيت مستقل بالإحراز. والثانى: لا؛ لأن إغلاق باب الدار لإكمال الحرز ولم يخرج من كمال الحرز. الثالث: أنه يجب فيما لا تحصل العرصة حرزاً له كالدنانير والجواهر، دون الفرش والأوانى.

أما الخانات فالإخراج من حرزها إلى عرصة الخان كالإخراج إلى عرصة الدار. أما السكة المنسدة الأسفل: فإن كانت مملوكة كعرصة الخان، فالنقل إليها من الدور سرقة، إذ صحن الخان تلاحظه الأعین، وتوضع فيه الأمتعة، بخلاف السكة. أما سكان السكة، فالحجرة المقفلة حرز فى حقهم، والعرصة ليست بحرز فى حقهم، وهى حرز فى حق غیر السكان؛ لأنها ملحوظة بالأعین نهاراً، وبابها مغلق ليلاً، وكذلك الضيف إذا سرق شيئاً، أو بعض الجيران إذا سرق من حانوت جاره حيث يحرز باللاحظ، فلا قطع؛ لأنه غير محرز فيه.

الركن الثالث: السارق

ولا يشترط فيه التكليف والالتزام. ويستوى فى وجوب القطع: الحر والعبد والذكر والأنثى. ولا قطع على الصبى والمجنون. ويجب على الذمى لإلزامه أحكامنا. نعم، هذا إذا سرق مال مسلم. فإن سرق مال ذمى، فهو موقوف على ترافعهم إلينا، فإن زنى بدمية فلا يجد ما لم يرضوا بحكمنا. وإن زنى بمسلمة أقمنا الحد قهراً؛ كما سرق مال مسلم، وقيل: لا بد من رضاهم؛ لأن حد الزنا حق الله ولا خصم فيه بخلاف السرقة. وهذا ركيز؛ إذ يجر ذلك فضيحة عظيمة، فإنه لا يرضى بحكمنا. وغایتنا نقض عهده. ويجب تجديده إذا التزم وتاب.

أما المعاهد إذا سرق، ففى قطعه نصوص مضطربة، وحاصلها ثلاثة أقوال: أحدها: أنه كالذمى؛ لأجل العهد. والثانى: أنه لا حد أصلاً؛ لأنه حربى دخل لسفارة. والثالث:

أنه يقطع إذا شرط ذلك عليه في ابتداء الأمان، وإلا فلا.

وسرقة المسلم ماله يخرج على سرقته مال المسلم؛ إذ يبعد أن يقطع المسم بسرقة ماله ولا يقطع بسرقة مال المسلم. ولو زنى بمسلمة فطريقان: منهم من قال: كالسرقة. ومنهم من قطع بأنه لا يقام الحد؛ لأنه حق الله تعالى لا يتعلق بطلب العبد. ولا خلاف في أنه يطالب بضممان الأموال، وإنما النظر في الحدود.

النظر الثاني من الكتاب

في إثبات السرقة ومعرفتها بيمين مردودة، أو إقرار، أو بينة

أما اليمين: فإذا أنكر السرقة وحلف، انقطعت الخصومة. وإن نكل، وحلف المدعى: ثبت الغرم وثبت القطع أيضاً كما يثبت القصاص باليمين المردودة.

ولو ادعى استكراه جاريته على الزنا، ثبت المهر باليمين المردودة، ويعد إثبات الرجم به؛ لأن اليمين المردودة، وإن جعلت بينة، فلا تتعدى حق الحالف، والرجم حق الله تعالى. ومن هذا ينقذ احتمال أيضاً في قطع السرقة.

وأما الإقرار: فإن كان بعد الدعوى ثبت به القطع بشرط الإصرار، فإن رجع لم يسقط الغرم. وفي سقوط الحد قولان: أحدهما: أنه يسقط كحد الزنا. والثاني: لا؛ لارتباطه بحق الآدمي وبقاء الغرم الذي هو ملازم له. ومنهم من عكس وقال: القطع ساقط، وفي الغرم قولان، ووجه إسقاطه تبعية القطع. وهو فاسد.

أما إذا أقر باستكراه جارية على الزنا ثم رجع، فالأصح أنه يسقط الحد ويجب المهر. وقيل: يَحْتَمَلُ أن يجعل كالسرقة، ولكن مفارقة الحد للمهر، أقرب من مفارقة القطع للغرم، فلذلك يتردد فيه.

وإن رجع السارق بعد القطع فلا تدارك. فإن رجع في أثنائه كف الجلالد عن البقية إن قلنا: يؤثر رجوعه.

أما إذا أقر قبل الدعوى، فهل يقطع دون حضور المالك وطلبه؟ فيه وجهان. ووجه اعتبار طلبه أنه ربما يقر له بالملك أو بالإباحة فإنه يسقط الحد وإن كذبه السارق.

والصحيح أنه لو أقر بالزنا بجارية الغير، فإنه يحل في الحال؛ إذ لا مدخل لطلب فيه. ومساق هذا يشعر بأن مالك الجارية لو قال: كنت ملكته الجارية قبل ذلك فأنكر: أن الحد يجب ولا يؤثر قول مالك الجارية، فإنه لا يتعلق بخصومته، فهو كما لو قالت الحرة: كنت زوجته وكذبها، فإنه يحل.

فإن قلنا: إنه لا يقطع في الحال، فقي حبسه إلى حضور المالك خلاف يلتفت على أنه هل يسقط برجوعه؟.

هذا كله في الحر. أما في العبد، إذا أقر بسرقة لا توجب القطع، فلا يقبل في المال ولا نعلقه برقبته دون تصديق السيد. فإن أقر بما يوجب القطع، قطعت يمينه وإن كذبه السيد، خلافاً للزنى وأبى يوسف،. رحمهما الله، وإنما قبل لأنه غير متهم فيه. ثم هل يتعلق غرم المال برقبته تابعاً لثبوت القطع؟ فيه نصوص مضطربة، وحاصلها أربعة أقوال:

أحدها: أنه لا يقبل؛ لأنه إقرار على السيد لا على العبد. والثاني: أنه يقبل؛ لأن رقبته أيضاً مملوكة للسيد، فإن قبل في قطع يده لنفى التهمة فليقبل في الغرم أيضاً ورد المال. والثالث: أنه إن أقر بعين هي في يده قبل؛ لأن ظاهر اليد للعبد، فإن أقر بالإتلاف فلا يقبل؛ لأن رقبته في يد السيد، وهذا يوجب التعلق، فيكون كما لو قال: جميع ما في يد السيد أنا سرقته وسلمته إليه فإننا لا نقبل قطعاً. والرابع: عكسه، وهو أنه يقبل إقراره بالإتلاف، فإن السيد، على الأصح، يفدى بأقل الأمرين: من قيمته، أو قيمة العبد، فقيمة العبد مرد الإضرار بالسيد. أما الأعيان، إن فتح باب الإقرار بها تضرر به السيد؛ إذ لا مرد له.

فإن قيل: هل للقاضي أن يبحث السارق على ستر السرقة أو الرجوع عن الإقرار؟ قلنا: أما الستر، فيجوز مع رد المال؛ لقوله ﷺ للسارق: «ما إخالك سرقت»^(١)، وهذا كالثلثين للإنكار. وقوله: «أسرقت؟» قل: لا؛ لم تُصَحَّحه الأئمة. وأما الرجوع عن الإقرار فلا يبحث عليه القاضي؛ لقوله ﷺ: «من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات، فليستر بستر الله، فإن من أبدى لنا صفحته نقيم عليه حد الله»^(٢). فدل ذلك على

(١) الحديث، أخرجه: أبو دارد (٤٣٨٠)، والنسائي (٦٧/٨)، وابن ماجه (٢٥٩٧)، وأحمد (٢٩٣/٥)، والدارمي (١٧٣/٢)، والدولابي في الأسماء والصفات (١٤/١)، والزيلعي في نصب الراية (٧٦/٤، ٧٧)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٣٦١٢، ٣٦١٣)، والبخاري في التاريخ الكبير (٣/٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٢٣/٤)، والألباني في إرواء الغليل (٧٨/٨).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (١٤٥/٣)، من طريق مالك عن زيد، ثم قال: هذا حديث منقطع ليس مما ثبت به هو نفسه حجة، وقد رأيت من أهل العلم عندنا من يعرفه ويقول به، فنحن نقول به. أ. هـ. وأخرجه مالك (٨٥٢/٢)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٩٤/٤)، وقال: قال ابن عبد البر: لا أعلم هذا الحديث أسند بوجه من الوجوه، قال الحافظ: ومراده بذلك من حديث مالك قال: إن ابن السكن صحح هذا الحديث من طريق الحاكم السابق ذكره. وصححه الذهبي على-

الفرق ما بين قبل الظهور وما بعده.

الحجة الثالثة للسرقة: الشهادة: ولا يثبت القطع إلا بشهادة رجلين. فإن شهد رجل وامرأتان ثبت الغرم دون القطع، بخلاف ما لو شهدوا على القتل العمد، فإنه لا يثبت القصاص ولا الدية؛ لأن الدية كالبدل عن القصاص، والغرم ليس بدلاً عن القطع، بل يجب معه. وفيه وجه: أن الغرم أيضاً لا يثبت كالدية. وهو ضعيف.

ثم البيئة الكاملة لا توجب القطع بالشهادة على السرقة مطلقاً، بل لابد من التفصيل فيه، فكم من سرقة لا توجب قطعاً، ولذلك يشترك التفصيل في الإقرار أيضاً، ويشترط في بيئة الزنا، وهل يشترط في الإقرار بالزنا؟، فيه خلاف، وسببه أن حد الزنا ظاهر، ووجوده عند الزاني محقق، وأما الشاهد فأما يقول فيه على المخايل، وحد السرقة غير ظاهر للسارق. ولا شك أن النسبة إلى الزنا المطلق: قذف؛ لأن التعبير حاصل به.

فروغان: أحدهما: لو قامت شهادة حسبة على أنه سرق مال فلان الغائب. فالنص أنه لا يقطع ما لم يحضر. ولو شهدوا على أنه زنى بجاريته، قال: يُحد في الحال، فقليل: قولان بالنقل والتخريج، وطردها ذلك في الإقرار في المسألتين، ومنهم من فرق، وهو الأصح؛ لأنه أباحه الملك، فأقراره بالملك يدرأ حد السرقة دون حد الزنا، وله على الجملة تعلق بطلبه.

فإن قلنا: لا يقطع، فهل يُحبس؟ يبنى على أن شهادة الحسبة مقبولة في حق الله تعالى؟ والظاهر أنه مردود في حقوق الآدميين، والسرقة كالمترددة بينهما، فينقذ فيه خلاف. فإن لم تقبل لم يحبس. وإن قلنا: تقبل فيحبس. ثم يكفي المالك، إذا رجع، أن يدعى ويستوفى المال. فإن قلنا: لا تسمع، فيجب إعادة البيئة لأجل المال، والظاهر أنه لا تعاد لأجل القطع.

الثاني: دعوى السارق الملك تدفع عنه القطع إذا لم تكن بيئة، فإن قامت البيئة نُظر، فإن لم يكن في دعواه تكذيب الشهادة اتدفع أيضاً كما إذا شهدوا على أنه سرق من حرزه متاعاً، أو شهدوا على أنه سرق ملكه. ولكن قال السارق: كان قد وهب منى في السر، والشاهد اعتمد على الظاهر.

فأما إن قال: كان ملكي أصلاً وغصبته، فهذا تكذيب للبيئة، ففي سقوط القطع

= شرط الشيخين، وأورده السيوطي في الجامع الصغير ورمز إلى صحته. أ. هـ.

وأخرجه: الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٥٢٥/٧)، والعراقي في المغنى عن حمل الأسفار

(١٣٥/٣)، والبيهقي (٣٣٠/٨).

هاهنا تردد، ويحتمل أن ينشأ على أن المدعى عليه، بعد قيام البينة عليه، لو قال: المدعى يعلم سرّاً أنه ملكي، وإنما الشاهد اعتمد ظاهر اليد، فهل له تخليف المدعى؟، فيه خلاف. فإن قلنا: له ذلك، فهاهنا يرجع وجوب القطع إلى يمين المال، وهو بعيد، فلا يبعد إسقاطه.

النظر الثالث من الكتاب: في بيان الواجب

وهو: الغرم، والقطع، والحسم، والتعليق.

أما رد العين فواجب بالاتفاق مع القطع. فإن تلف، وجب الغرم عندنا مع القطع. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: القطع والغرم لا يجتمعان.

ثم الواجب، القطع من الكوع. وقال بعض أهل الظاهر: من المنكب.

ثم الواجب أولاً قطع اليمين. وفي الكرة الثانية قطع الرجل اليسرى حذراً من استيعاب جنس البطش أو المشى أو استيعاب أحد الجانبين، فيتعذر المشى وفي الثالثة تقطع اليد اليسرى، وفي الرابعة رجله اليمنى. واقتصر أبو حنيفة، رحمه الله، في الثالثة على التعزير. وقد ورد الخبر بما ذكرناه، وورد في بعض الروايات: «إن عاد خامسة فاقتلوه»^(١)، وقيل: هو قول قديم للشافعي، رضى الله عنه، لكن هذه الزيادة شاذة.

وأما الحسم، فهو غمس محل القطع في الزيت المغلي لتسدد أفواه العروق. والصحيح أن ذلك واجب نظراً للسارق كيلاً يسرى، وهو إلى اختياره، وعليه مثنوته. وفيه وجه: أنه زيادة عقوبة حقاً لله تعالى، إذ لم تزل الأئمة يفعلون ذلك مع كراهية السارق.

وأما التعليق، فهو أن تعلق يده في رقبته، وترك ثلاثة أيام للتكيل، وقد ورد به خبر ولم يُصحَّح^(٢). ثم هو استحباب، إن صح التكيل، إن رآه الإمام.

فروع أربعة: الأول: من سقطت يده اليمنى بأفة سماوية، فإذا سرق، قطعنا رجله

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤١٠).

(٢) الحديث عن عبد الرحمن بن محيريز قال: «سألنا فضالة بن عبيد، عن تعليق اليد في عنق السارق أمين السنة؟ قال: أتى رسول الله ﷺ يسارق فقطعت يده، ثم أمر بها فعلقت في عنقه». أخرجه: أبو داود (٤٤١١)، والنسائي (٢٥٨٧)، قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٣٥/٧). حديث عبد الرحمن بن محيريز، قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عمر بن علي المقدمي، عن الحجاج بن أرطاة وعبد الرحمن بن محيريز وهو أخو عبد الله بن محيريز شامي. أ. هـ. وقال النسائي: الحجاج بن أرطاة ضعيف لا يحتج بحديثه، قال المنذرى: وهذا الذي قاله النسائي قاله غير واحد من الأئمة. أ. هـ. والحديث: ضعفه أيضاً الألباني في سنن ابن ماجه (ص ٢٠٥).

اليسرى. ولو سرق أولاً، ثم سقطت يده، سقط القطع؛ لأنه تعين الاستحقاق. وقيل: إنه يعدل إلى الرجل اليسرى. وهو غلط.

الثاني: لو بادر الجلاد وقطع اليسرى، فإن قصد فعله القصاص، وقطع اليمين باق. وإن دهش وغلط، فقد نص الشافعي، رضي الله عنه، في الأم على سقوط القطع. ونقل أيضاً أن الدية تجب باليسرى، ثم يقطع يمينه، فتحصلنا على قولين.

وقال أبو إسحاق المروزي: لو سقطت يسراه بأفة سماوية قبل قطع اليمين فلا يعد أن يجعل كغلط الجلاد، وهو بعيد.

الثالث: لو كانت على يده أصبع زائدة، قطعنا اليد ولا نبالي، ولو كان ناقصاً اكتفينا بالموجود ولو وجدنا أصبعاً واحدة. فإن لم نجد إلا الكف، فالظاهر الاكتفاء به تنكيلاً بقطع المعصم، وفيه وجه: أنه يعدل إلى الرجل اليسرى إذا لم يبق من آلة البطش شيء. واليد عبارة عنها. وأما اليد الشلاء فيكتفى بها إلا إذا خيف الهلاك؛ لنزف الدم، فيعدل إلى الرجل.

الرابع: لو كان للمعصم كفان قطعنا الأصلية وتركنا الزائدة إن أمكن، وإلا قطعتهما. وإن كانتا متساويتين ولا تبين الأصلية، قال الأصحاب: نقطعهما جميعاً لتيقن استيفاء الأصلية، ولا نبالي بالزيادة.

الجناية السادسة: قطع الطريق

والنظر في صفة قطاع الطريق، وفي عقوبتهم، وفي حكم العفو.

النظر الأول: في صفتهم

والأصل فيهم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية. فذكر رسول الله ﷺ تفسيره فقال: «أن يُقتلوا إذا قتلوا أو يصلبوا إذا قتلوا وأخذوا الأموال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم إذا أخذوا المال، أو يلحق الطلب بهم إذا هربوا لينفوا من الأرض»^(١).

وقال داود: يجمع بين هذه العقوبات؛ لظاهر الآية. وقال مالك، رحمه الله: الشاب يُقطع، والشيخ ذو الهرم يُقتل، ومن ليس له نجدة الشباب ولا رأى الشيوخ يُنفى. ثم يعتبر عندنا فيهم صفتان: النجدة، والبعد عن محل الغوث.

(١) هذا أثر عن ابن عباس، رضي الله عنه، وليس حديث للنبي ﷺ، وهذا الأثر في إسناده إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى وهو ضعيف، وله طرق أخرى أحسن إسناد فيها عند أبي داود والنسائي بإسناد حسن. انظر: نيل الأوطار (١٥٢/٧، ١٥٣)، وسنن النسائي (١٠١/٧).

أما النجدة: فلائحة إن لم يكن لهم شوكة، بل كان اعتمادهم على الاختلاس والهرب، فلا يجب به إلا التعزير. ثم لا يشترط للنجدة الذكورة ولا السلاح ولا العدد، بل لو اجتمع نسوة وكانت لهن شوكة فهن قطاع الطريق. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لو كان في جميع القطاع امرأة سقط الحد. والضرب واللطم كإشهار السلاح بالاتفاق. والواحد إذا قاوم أحداً، أو جمعاً، بفضل قوة، فهو قاطع طريق. ولا نقول: إن المسافر الواحد مضيع لماله، بل ماله محفوظ به إلا أن يقصد، فمن قصده، فهو قاطع. وقال الإمام: ينبغي أن يرد ذلك إلى العادة، فحيث يُعد الواحد مُفرطاً فلا يجب على سالب ماله إلا التعزير.

فرع: لو هجم على الرفاق قوم تستقل الرفقة بدفعهم من غير ضرر بين، فاستسلموا فهم المضيعون وليسوا قطاعاً؛ لأنهم لم يأخذوا بشوكتهم، بل بتسليم الملاك إليهم. وإن علموا أنهم لا يقاومون، فهربوا منهم، فهم قطاع، وكذلك إذا كان الأمر في قوة الجانيين كالمتقاوم إذا تقاتلوا، وانكف الفريقان من غير خفر، فالظاهر أنهم قطاع إن جرى قتل وسلب؛ لأن الشوكة قد تحققت.

وأما الصفة الثانية: فهو بعدهم عن محل الغوث. أما ما يجري من الأخذ على أطراف العمران، فيعتمد فيه الهرب والاختلاس دون الشوكة، إلا إذا فترت قوة السلطان وثار ذوو العرامة في البلاد، فهم قطاع عند الشافعي، رضى الله عنه، وإن كانوا في البلاد. أما إذا دخلوا في وقت قوة السلطان داراً بالليل مع المشاعل مكابرين، ومنعوا أهل الدار من الاستغاثة، وانصرفوا وهم متلثمون، ففيهم وجهان: أحدهما: أنهم قطاع، ونزل منعهم من الاستغاثة كبعدمهم عن محل الغوث. والثاني: أنهم سراق؛ فإن الطلب يلحقهم على القرب، وإنما اعتمادهم على التوارى والاختفاء.

ولم يذهب أحد إلى أنهم مختلسون مع أنهم لم يأخذوه في خفية واختزال. فإذا قد حصل أن قطاع الطريق من يعتمد على الشوكة في الحال مع بعد الغوث، لا على الاختلاس والهرب في الوقت.

النظر الثاني: في العقوبة

ويعتزج به النظر في جرائمهم، ولهم في الجرائم أحوال:

الأولى: أن يقتصر على أخذ ربع دينار فصاعداً، فتقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، سواء كان الربع ملكاً لواحد أو لجماعة الرفقة، وكذلك في السرقة لا يفرق بين الخالص والمشارك في النصاب مهما كان الحرز واحداً. وقال ابن خيران: لا يشترط النصاب.

الثانية: أن يقتصر على القتل المجرد، فيقتل، وليس فيه زيادة تغليظ إلا كون القتل عتومًا كما سيأتي.

الثالثة: أن يقتصر على الإرعاب وتكثير الشوكة، وكان ردًا للقوم، فعليه تعزيز. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: هو شريك.

الرابعة: أن يجمع بين الأخذ والقتل، فالمذهب المشهور: أنه يُصلب ويُقتل ولا يُقطع، ويكون الصلب زيادة تنكيل وتغليظ؛ لأجل الجمع. وقال أبو الطيب بن سلمة: تُقطع يده ورجله؛ لأخذه، ويُقتل؛ لقتله، ويُصلب؛ لجمعه بينهما. وذكر صاحب «التقريب» وجهًا: أنه إن أخذ نصابًا وقُتل: قُطِع وقُتل ولم يُصلب، وإن أخذ أقل منه: قُتل وصُلِب ولم يُقطع ويكون الصلب؛ لأجل الأخذ. والمذهب هو الأول. وقال أبو حنيفة: الإمام بالخيار: إن أحب قتل وصلب ولم يقطع، وإن أحب قطع وقتل ولم يصلب.

ثم إذا جمعنا بين القتل والصلب، فالمذهب: أنه يُقتل على الأرض، ثم يُصلب مقتولًا. وفيه وجه: أنه يُقتل مصلوبًا إما بأن يُترك حتى يموت جوعًا على وجه، أو يُقصد مقتله بحديدة مدففة على وجه، وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله.

ثم كم يترك على الصليب؟ فيه قولان: أحدهما: أنه يترك ثلاثة أيام. وعلى هذا، إن كان يتعرض للتهرى قبله، فهل يترك؟ فعلى وجهين:

أحدهما: لا يترك ثلاثة أيام؛ لأن التنكيل قد حصل، فيصان عن التفتت والنمن. والقول الثاني: أنه يترك حتى يتهرى ويسيل ودكه؛ لأن الصليب اسم الودك، ومنه اشتق اسم الصليب.

والصحيح أنه يُقتل أولاً ويغسل ويصلى عليه، ثم يُصلب. ولا سبيل إلى ترك الصلاة بكل حال، خلافًا لأبي حنيفة، رحمه الله. ويتعذر على قول من يقتله بعد الصليب، ثم يترك حتى يتهرى. نعم، وإن قلنا: يُقتل بعد الصليب ولكن يُنزل بعد ثلاث، فيمكن أن يُسلم إلى أهله للغسل والصلاة بعد الاسترسال.

فأما عقوبة النفي، فالصحيح: أنها غير مقصودة، بل إن وجدوا أقسم الحد والتعزير، وإلا لحق بهم طلب أعوان السلطان حتى يتشردوا في البلاد ويتفكروا من تلك الأرض. ومنهم من قال: هي عقوبة مقصودة في حق من اقتصر على الإرعاب. ثم منهم من قال: ينفيهم الإمام إلى بلد معين ويعزروهم بها، إما ضربًا أو حبسًا. ومنهم من قال: له أن يقتصر على النفي.

النظر الثالث: في حكم العقوبة

وله حكمان: الأول: أن التوبة قبل الظفر مؤثر فيها؛ لنص القرآن العظيم^(١)، فيسقط بها تحتم القتل دون أصله على الظاهر، ويسقط به الصلب وقطع الرجل. أما قطع اليد هل يسقط إذا كان المأخوذ نصائباً؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ كأصل القتل، وإنما الذي يسقط خاصية قطع الطريق. والثاني: وهو الأصح، أنه يسقط؛ لأن هذا يخالف صورة السرقة، واليد والرجل كعضو واحد هاهنا، وكذلك إن وجدنا رجله اليسرى دون يده اليمنى، اكتفينا به ولم نقطع يده اليسرى، ومهما عاد ثانياً قطعنا اليد اليسرى والرجل اليمنى.

أما التوبة بعد الظفر، ففيه قولان يجريان في جميع حدود الله تعالى: أحدهما: أنه لا يؤثر؛ لأن القرآن خصص ما قبل التوبة. والثاني: أنه يسقط؛ لأنه إن خصص هاهنا، فقد أطلق في آية السرقة، فقال تعالى: ﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ﴾ [المائدة: ٣٩]. وقال القاضى: قرنت التوبة هاهنا بالإصلاح، فيدل على أن التوبة بعد الظفر لا تؤثر، إلا بعد الاستبراء وصلاح الحال؛ إذ يمكن أن يكون للهيبة.

وعلى الجملة فمن ظهر تقواه وحسنت حاله، امتنع مؤاخذته بما جرى له في الجاهلية. أما إذا أنشأ التوبة حيث أخذ لإقامة الحد، فهو متهم، والتوقف إلى استبرائه: مشكل إن حبس، وإن خلى فكيف تتبع أحواله؟!

الحكم الثاني: أن هذا القتل، قد ازدحم عليه حق الله تعالى، ولأجله تحتم وإن عفا ولى القتل عن حق القتل؛ فإنه معصوم. ولاشك في أنه إذا جرح خطأ أو شبه العمد، فلا يُقتل.

وإن تمحض العمد فقد تعلق به حق الله تعالى قطعاً فإنه يقتل وإن عفا ولى القتل. ولكن هل يثبت للقتل حق مع حق الله تعالى؟ للشافعى، رضى الله عنه، فيه قولان، وتظهر فائدته في خمس مسائل:

إحداها: لو قتل ذمياً أو عبداً أو أمة، ومن لا يكافئه بالجملة، فإن محضنا حق الله تعالى. قُتل. وإن قلنا: فيه قصاص، لم يقتل. وهكذا لو قتل عبد نفسه. قال القاضى: يُخرج على القولين. وقطع الصيدلانى بأنه لا يقتل وإن جعلناه حراً؛ لأنه مملوكه، فلا يصلح لمقاتلته ومخاصمته في القتال.

(١) وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٩].

الثانية: إن مات القتال وقلنا: إنه محض حد، فلا دية للقتيل. وإن قلنا: فيه حق آدمي، فله الدية.

الثالثة: إذا قتل جماعة اكتفى به إن جعلناه حدًا، وإلا قتل بواحد، ولآخرين الدية.
الرابعة: لو عفا الولي على مال فلا أثر له إن جعلناه حدًا، وإلا فيه الدية ويقتل حدًا، وهو كمرتد استوجب القصاص وعُفي عنه.

الخامسة: لو تاب قبل الظفر سقط الحد وبقي القصاص حتى يسقط بعفوه إن جعلناه له حقًا، وإلا فيسقط بالكلية.

ولعل الأصح الجمع بين الحقيين ما أمكن، فإن سقط الحد بالتوبة، أو القصاص بالعفو، فيبقى الآخر خاليًا عن الزحمة فيستوفى. فأما إسقاط القصاص والحد أو الدية، فبعيد جدًا.

فروع: الأول: إذا جرح المحارب جرحًا ساريًا فهو كالقتل في التحتم. وإن كان الجرح واقفًا فلا قصاص فيه، كالجائفة، فلا يجرح. فإن قطع عضوًا فيه قصاص، استوفى. وهل يتحتم؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: نعم كالنفس. والثاني: لا؛ لأن القتل عُهد حدًا، فلذلك يتحتم بخلاف القطع. والثالث: أن قطع اليدين والرجلين يتحتم إن عُهد حدًا في السرقة، بخلاف الأذن والعين وسائر الأعضاء.

الثاني: يثبت قطع الطريق بشهادة أهل الرفقة، يشهد كل واحد لرفيقه لا لنفسه، ولا يصرح. ولو قال: تعرضوا لنا ولرفقائنا، فسدت صيغة الشهادة. وكذا لو قال الشاهد: قذفني مع أم فلان، فلا تقبل شهادته.

الثالث: يوالى بين قطع اليد والرجل، بخلاف ما لو استحق يُسراه في القصاص، ويُمناه في السرقة، فإنه يقدم القصاص ويُمهل ريثما يندمل؛ لأن الموالاة عظيم الضرر. لكن القطعين في المحاربة عقوبة واحدة. ولو استحق يمينه قصاصًا، قطعت اليمين في القصاص، ويكتفى بالرجل اليسرى. وهل يُمهل ريثما يندمل؟ فيه وجهان: أحدهما: يُمهل؛ لاختلاف العقوبة. والثاني: لا؛ لأن الموالاة كانت مستحقة، فإن فاتت اليد فيبقى استحقاق الموالاة.

وإنما يُقدم القصاص على حد السرقة والحارب، ولا يبنى على الخلاف في تقديم حق آدمي وحق الله تعالى إذا اجتمعا؛ لأن الخلاف في الأموال التي لا يسقط عنها حق الله تعالى بالشبهة. وأما حدود الله تعالى فتسقط بالشبهة والرجوع عن الإقرار، فيقدم عليها حق آدمي.

الرابع: إذا اجتمعت عقوبات للآدميين، كحد القذف وقطع الطريق والقتل. فإن ازدحموا على الطلب: يُجلد، ثم يُقطع، ثم يُقتل، ولا يبادر بالقطع عقيب الجلد إن كان مستحق القتل غائبًا: إبقاء على روحه حتى لا يفوت القصاص. ولو كان حاضرًا وقال: لا تتركوا الموالة لأجلى فإنني أبادر بعد القطع وأقتل ففيه وجهان: أحدهما: أنه يبادر ولا يمهل؛ لأن النفس مستوفاة، فلا معنى للتأخير لأجل المقتول، ولا لأجل المستحق وقد رضى.

والثاني: أنه يمهل، فإنه ربما يعفو مستحق القتل، فتصير النفس هدرًا بالموالة. أما إذا أخر بعضهم حقه: فإن كان المؤخر مستحق النفس، قدم الجلد ويمهل ثم يقطع. وإن كان المؤخر مستحق الطرف، فلا يمكن البدار إلى القتل، فيه تفويت الطرف، فيجب على مستحق النفس الصبر. وهذا يؤدي إلى أن يصير مستحق الطرف إلى غير نهاية، ويندفع القتل، ولا صائر إلى أن مستحق النفس يسلط على القتل. ويقال لصاحب الطرف: بادر إن شئت وإلا ضاع حقه. ولو قيل به لكان منقذًا، لكنه لو بادر وقتل بغير إذن: وقع الموقع ورجع صاحب الطرف إلى الدية.

أما إذا كان المجتمع حدود الله تعالى، كحد الشرب، وجلد الزنا، وقطع السرقة، والقتل: فالبداية بالأخف، وهو ترتيب مستحق، ثم يمهل إلى الاندمال حتى لا يفوت القتل بالموت بالسراية، فإن لم يبق إلا القتل فلا إمهال.

ولو كان بدل جلد الزنا جلد القذف، فجلد الشرب أخف منه، ولكن هل حق الآدمي مقدم؟ ففيه وجهان: أحدهما: أن البداية في الشرب؛ لأنه أخف. والثاني: أنه يبدأ بحد القذف؛ لأنه حق الآدمي. وكذا الخلاف لو كان بدل حد القذف قطع قصاص للآدمي.

ولو زنى وهو بكر ثم زنى وهو ثيب، فقد اجتمع الجلد والرجم، فالظاهر الاكتفاء بالرجم، واندرج الجلد تحته. وفيه وجه: أنه يجلد، ثم يرجم؛ لأنه لا تدخل مع الاختلاف.

الجناية السابعة: شرب الخمر

والنظر في الموجب والواجب.

أما الموجب

فنقول: يجب الجلد على كل ملتزم شرب ما أسكر جسمه مختارًا من غير ضرورة وعذر.

أما قولنا: (ملتزم) احترزنا به عن الحربي، والمجنون، والصبي، فلا حد عليهم.

وقولنا: (أسكر جنسه) إشارة إلى أن ما أسكر كثيره فقليله، وإن لم يُسكر، يوجب الحد ككثيره. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يجب الحد بقليل الخمر وإن لم يُسكر، وسائر الأشربة لا يحد فيها إلا في القدر المسكر.

وقولنا: (مختاراً) احترزنا به عن المكره، فإنه يباح له الشرب لدفع ضرر الإكراه فلا يحد، بخلاف الزنا فإن فيه خلافاً، ولا خلاف أن الزنا لا يباح بالإكراه.

وقولنا: (من غير ضرورة) أردنا به أن من غص بلقمة ولم يحد غير الخمر، فله أن يسيغها بها، وكذلك إذا خاف الهلاك من العطش. وأما التداوى بالخمر في علاج الأمراض فلا يجوز؛ انتهى رسول الله ﷺ عن ذلك، وقوله: «إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»^(١)؛ ولأن الشفاء به مظنون بخلاف دفع العطش وإساعة اللقمة.

ولكن يجوز التداوى بالأعيان النجسة كلعلم السرطان، والحية، والمعجون الذي فيه الخمر؛ لأن تحريم الخمر المسكر مغلف، وتركه مقصود لا يقاومه ظن الشفاء.

وأما الزجر عن تناول النجاسات، مع أن مصير الأطعمة إلى النجاسة، فهو من قبيل المروءات المستحسنة فيجوز أن تزول بعذر المرض. وقد قال القاضي: «لا يحد الشارب إن قصد التداوى بها، فكأنه جعل ذلك شبهة في الإسقاط ولم يصرح أحد بجواز التداوى بها.

وقولنا: (من غير عذر) احترزنا به عن التداوى؛ إذ الظاهر أنه لا حد وإن عصي؛ وعن حديث العهد بالإسلام إذا لم يعلم التحريم، وكذا الغالط إذا ظنه شراباً آخر. قال الشافعي، رضي الله عنه: «لو سكر مثل هذا الرجل لم يلزمه قضاء الصلوات؛ لأنه كالمغنى عليه» وقال: «لو شرب الخنفي النيذ حددته».

ونص أن الذمى لا يُحد وإن رضي بحكمنا. وسببه: أن الخنفي في قبضة الإمام

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: البيهقي (٥/١٠)، والسيوطي في جمع الجوامع (٤٩٦١)، والهيتمي (٨٦/٥)، وابن حجر في فتح الباري (٧٩/١٠، ٢٤٧)، وتلخيص الحبير (٧٤/٤)، والمتقى في كنز العمال (٢٨٣١٩، ٢٩٣٢٧)، والعجلوني في كشف الخفا (٢٧٦/١)، والسيوطي في الدرر المنتثرة (٤٥)، والفتنى في تذكرة الموضوعات (٢٠٧).

وفي لفظ من حديث طارق بن سويد الجعفي مرفوعاً إنه ليس بدواء ولكنه داء، أخرجه: مسلم (الأشربة ١٢)، وأحمد (٣١٧/٤)، والتبريزي في مشكاة المصابيح (٣٦٤٢)، وابن حجر في فتح الباري (٢٦١/١٣)، والمتقى الهندي في كنز العمال (٢٨٣٢٥).

والحاجة قد تمس إلى زجره بخلاف الذمي الذي لم يلتزم حكماً. ومن أصحابنا من قال: لا يُحد في المسألتين، ومنهم من قال: يُحد في المسألتين.

ثم الموجب، بقبوده، يجب أن يظهر للقاضي بشهادة رجلين، أو إقرار صحيح، ولا يعول على النكحة والرائحة؛ فلعله غلط، أو أكره.

ولو قال مطلقاً: شربت المسكر، أو قال الشاهد: شرب مسكراً، أو شرب شراباً شربه غيره فسكر، كفى ذلك ولو تقدر احتمال الإكراه مع ظاهر الإضافة.

الطرف الثاني: في الواجب

والنظر في: قدره، وكيفيته.

أما القدر: فأربعون جلدة، وأصله ما روى أن النبي ﷺ أتى بشارب، فقال: «اضربوه بالنعال»، فضربوه بالنعال، وأطراف الثياب، وحتوا عليه التراب، ثم قال: «بكتوه، أو غيروه» ونحوه، ثم قال: «أرسلوه»، فلما كان في زمان أبي بكر، رضى الله عنه، أحضر الذين شاهدوا ذلك فعدلوه بأربعين جلدة، فكان يجلد أربعين، وكذلك عمر، رضى الله عنه، ففى صدر خلافته حتى تسابح الناس يشرب الخمر واستحققوا ذلك؛ فشاور الصحابة، فقال على، رضى الله عنه: «من شرب سكر، ومن سكر هذى، ومن هذى افتري؛ فأرى عليه حد المفتريين»، فكان عمر، رضى الله عنه، يجلد ثمانين^(١)، وعثمان، رضى الله عنه، يجلد ثمانين، ثم عاد على، رضى الله عنه، إلى أربعين. وروى عنه أنه، عليه السلام، أمر حتى جلد الشارب أربعين، وروى أنه قال: «إن شرب فاجلدوه. فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه»^(٢).

(١) أصل هذا الحديث فى صحيح البخارى (٦٧٧٩)، بدون ذكر على رضى الله عنه.

عن السائب بن يزيد قال: «كنا نوتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبى بكر وصدرنا من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين». وانظر: ما أورده المصنف فى سنن أبى داود (٤٤٨٩)، والدارقطنى (١٥٨/٣)، والبيهقى (٣٢٠/٨)، والحاكم (٣٧٥/٤)، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) الحديث بهذا اللفظ عن عبد الله بن عمرو من طرق، وهو منقطع لأن الحسن البصرى لم يسمع من عبد الله بن عمرو كما قال الشوكانى فى نيل الأوطار (١٤٧/٧): أخرجه: أبو داود (٤٤٨٥)، والبيهقى (٣١٣/٨، ٣١٤)، والهيشمى فى موارد الظلمآن (١٥١٨)، وجمع الروائد (٢٧٧/٦، ٢٧٨)، والطبرانى (٣٦٠/١٩)، والدر المنثور (٣٢٥/٢)، والألبانى فى السلسلة الصحيحة (٣٤٨/٣).

وبلفظ: إذا شربوا الخمر فاجلدوهم، ثم إذا شربوا فاجلدوهم، ثم إذا شربوا الرابعة فاقتلوههم =

ولا خلاف أن القتل منسوخ في الشرب^(١).

= عن معاوية مرفوعاً، أخرجه ابن ماجه (٢٥٧٣)، وأحمد (٩٥/٤)، والبيهقي (٣١٣/٨)، والحاكم (٣٧٢/٤)، والمتقي الهندي في كتر العمال (١٣٢١٢). قال الشوكاني (١٤٧/٧): حديث معاوية، قال البخاري: هو أصح ما في هذا الباب وأخرجه أيضاً الشافعي، والدارمي، وابن المنذر، وابن حبان وصححه من حديث أبي هريرة وأخرجه ابن أبي شيبة من رواية أبي سعيد والمحموط أنه عن معاوية، وأخرجه أبو داود من رواية أبان العطار فيه فإن شربوا يعنى بعد الرابعة فاقتلهم، ورواه أيضاً أبو داود من حديث ابن عمر قال: وأحسبه، قال في الخامسة: ثم إن شربها فاقتلوه قال: وكذا في حديث غطيف في الخامسة.

وبلفظ: من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه، أخرجه الترمذي (١٤٤٤)، وأحمد (١٣٦/٢)، (١٣٦/٢)، (١٩١، ٢١٤، ٩٣/٤، ٢٣٤)، والحاكم (٣٧١/٤)، والبغوي في شرح السنة (٣٣٤/١٠)، والهيتمي في مجمع (٢٧٧/٦، ٢٧٨)، والطبراني (١٩٨/١)، (٣٨٢/٢)، والمتقي الهندي (١٣٢١٣، ١٣٢٦٩، ١٣٧٠٨، ١٣٧١٠، ١٣٧١١، ١٣٧٢٣)، وابن حجر في المطالب العالية (١٧٦٠)، وابن أبي حاتم في علل الحديث (٢٢٢، ٢٢٩، ١٣٤٢)، وابن عراق في تنزيه الشريعة (٢٣٢/٢)، والشوكاني في الفوائد المجموعة (٢٠٥).

(١) هذا النسخ مأخوذ من حديث جابر كما صرح بذلك الترمذي وغيره فيما رواه محمد بن إسحاق، عن محمد بن المنكدر، عن جابر، عن النبي ﷺ قال: «إن شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد الرابعة فاقتلوه، قال: ثم أتى النبي ﷺ بعد ذلك برجل قد شرب في الرابعة فضربه ولم يقتله». ومن حديث ذؤيب أن النبي ﷺ قال: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه، فأتى برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده، ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة».

ومن حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، ثم إن عاد في الرابعة فاضربوا عنقه. وزاد أحمد عن روايته: «قال الزهري: فأتى رسول الله ﷺ بسكران في الرابعة فخلى سبيله».

وحديث قبيصة بن ذؤيب مرسل؛ لأنه من أولاد الصحابة ولم يذكر له سماع من رسول ﷺ، ورجال حديثه ثقات، وحديث أبي هريرة صحيحه ابن حبان. قال الشوكاني: اختص العلماء: هل يقتل الشارب بعد الرابعة أو لا؟، فذهب بعض أهل الظاهر إلى أنه يقتل ونصره ابن حزم واحتج له ودفع دعوى الإجماع على عدم القتل وهذا هو الظاهر عن ابن عمر، وذهب الجمهور إلى أنه لا يقتل الشارب وإن القتل منسوخ. قال الشافعي: والقتل منسوخ بهذا الحديث وغيره يعنى حديث قبيصة بن ذؤيب، ثم ذكر أنه لا خلاف في ذلك بين أهل العلم. وقال الخطابي: قد يرد الأمر بالوعيد ولا يراد به الفعل وإنما يقصد به الوعد والتحذير. وقد يحتمل أن يكون القتل في الخامسة واجباً ثم نسخ بمحصل الإجماع من الأمة على أنه لا يقتل. أ. هـ.

وحكى للمنذرى عن بعض أهل العلم أنه قال: أجمع المسلمون على وجوب الحد في الخمر وأجمعوا على أنه لا يقتل إذا تكرر منه إلا طائفة شاذة قالت: يقتل بعد حده أربع مرات لحديث، وهو =

ثم اختلف الأصحاب في شيئين: أحدهما: أنه هل يكفي الضرب بالنعال وأطراف الثياب؟^(١) والحديث يدل على جوازه، ومن منع قال: ذلك لا ينضبط فقد كُفينا مثونة التعديل؛ فيتبع.

=عد الكافة منسوخ. أ. هـ.

وقال الترمذى: إنه لا يعلم فى ذلك اختلافاً بين أهل العلم فى القديم والحديث، وذكر أيضاً فى آخر كتابه الجامع فى العلل أن جميع ما فيه معمول به عند البعض من أهل العلم إلا حديث [إذا سكر فاجلدوه] المذكور فى الباب، وحديث الجمع بين الصلاطين.

وقد احتج من أثبت القتل: بأن حديث معاوية المذكور متأخر عن الأحاديث القاصية بعدم القتل؛ لأن إسلام معاوية متأخر. وأجيب عن ذلك بأن تأخر إسلام الراوى لا يستلزم تأخر المروى لجواز أن يروى ذلك عن غيره من الصحابة المتقدم إسلامهم على إسلامه، وأيضاً قد أخرج الخطيب فى المبهمات عن ابن إسحاق، عن الزهرى، عن قبيصة أنه قال فى حديثه السابق: فأتى برجل من الأنصار يقال له: نعيمان فضربه أربع مرات فرأى المسلمون أن القتل قد أخرج عبد الرزاق، عن معمر، عن سهيل، وفيه قال: فحدثت به ابن المنكدر فقال: قد ترك ذلك.

وقد أتى رسول الله ﷺ بأبن النعيمان فجلده ثلاثاً ثم أتى به الرابعة فجلده ولم يزد وقصة النعيمان أو ابن النعيمان كانت بعد الفتح؛ لأن عقبة بن الحرث حضرها فهى إما مجتئس وإما بالمدينة ومعاوية أسلم قبل الفتح أو فى الفتح على خلاف وحضور عقبة كان بعد الفتح. أ. هـ. انظر: نيل الأوطار (١٤٨/٧).

(١) منشأ الخلاف هنا، وهو الذى نبه علمائنا عليه للنظر فيه والبحث فى حل إشكالاته هو: علة الرواية بالمعنى التى تؤثر تأثيراً خطيراً ومباشراً فى تفسير الحكم الشرعى، إذا ما قورنت الرواية بالمعنى بالرواية الأسلية التى نقلت ألفاظها بالنص من فم رسول الله الشريف ﷺ ذلك فى ضوء معرفة ما مدى خطورة تبديل المرادفات اللغوية والتباين فى معانيها على رغم كونها مرادفات. وهذا الذى ذكره المصنف نغم المثال الذى ندلل به على هذا الانحراف الخطير عن المعنى الأصلى الذى ترسمه ألفاظ الحديث الخارجة من فم النبى ﷺ، والذى تسبب فى وجود خلاف ذو حكمن، حكم استنبطه العلماء من سياق بشرى يدل على فهم الصحابي للنص الذى سمعه، وحكم استنبطه آخرون من النص الأصيل الذى خرج منه ﷺ، فقد روى فى حديث عمر بن الخطاب بالمعنى ما رواه أبو هريرة بالنص اللفظى فى حديث شارب الخمر، فبينما ترد رواية أبى هريرة (٦٧٧٧- فتح البارى)، (٦٧٨١- فتح البارى)، بالتخصيص على ضرب شارب الخمر باليد والنعل والثوب، يروىها أحد الرواة فى حديث عمر بالمعنى مستبدلاً بالضرب بالجلد فأى اللفظين هو الصحيح؟ مع العلم بأن الروايات كلها أسانيداً صحيحة؟ إلا أنها تتفاوت فيما بينها فى درجات الضبط ودقة النقل. ولهذا فإن كل لفظ يوجه الحكم إلى وجهة غير الأخرى، وإن الضرب بالثوب والنعل والجريد غير الجلد بالسوط. هذا هو المنشأ الحقيقى وخطير للخلاف الذى يخشى كثير من الناس أن يبينه. وتفصيل ذلك فى كتابنا: المداخل الأصولية (المدخل السابع فى كيفية استخراج الحديث من مصادره لمقارنة المتن) وانظر: مقدمة الدكتور/البدرى التى وضعها لموسوعة أطراف الحديث للأخ أبو هاجر محمد بسيونى (٣٠/١).

الثاني: أن الإمام لو رأى أن يجلد ثمانين هل له ذلك؟، فمنهم من منع لرجوع عليّ، رضى الله عنه. ومنهم من جوز.

أما الكيفية، فالنظر في: السوط، ورفع اليد، والضرب، والزمان.
أما السوط، فليكن وسطاً، ويقوم مقامه الخشبة الزائدة على القضيب الناقصة من العصا. ولا ينبغي أن يكون في غاية الرطوبة، ولا في غاية اليبس.
وأما رفع اليد، فلا يرفعه فوق الرأس؛ فيعظم الألم، ولا يكتفى بالرفع اليسير فلا يؤلم، بل يراعى المتوسط.

وأما الضرب، فيفرقه على جميع بدنه، ويتقى المقاتل، كالقرط والأخدع وثغرة النحر والفرج، ويتقى الوجه؛ ففيه نهى في البهائم، فكيف في آدمي؟^(١). ولا يتقى الرأس عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله؛ لقول أبي بكر، رضى الله عنه، للحلاد: «اضرب الرأس؛ فإن الشيطان في الرأس».

ولا تشد اليدين من المجلود، بل يترك حتى يتقى - إن شاء - يديه. ولا يُتَلَّ للعجين بل يُضرب وهو قائم. وتُضرب المرأة وهي جالسة، ويلف عليها ثيابها، لكيلا تنكشف.
وأما الزمان، فلا بد من موالاة الضرب، فلو فرق مائة سوط على مائة يوم لم يجز. ولو ضرب خمسين في يوم، وخمسين في يوم آخر قال: إنه جائز، والضبط فيه عسير، فالوجه أن يقال: إذا انحى أثر الألم الأول لم يجز، وإن كان باقياً جاز.
هذا هو القول في الجناية الموجبة للحدود، ولا بد من الاختتام بباب في التعزير.

باب في التعزير^(٢)

والنظر في: الموجب، والمستوفى، والقدر، وأصل الوجوب.

(١) النهى عن ضرب وجه آدمي، ليس قياساً أو من باب فحوى الخطاب كما أشد إلى ذلك المصنف، بل هو منصوص عليه من حديث أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: [إذا ضرب أحدكم فليجنب الوجه] أخرجه: أحمد (٤٣٤/٢)، والبيهقي (٣٢٧/٨)، وعبد الرزاق (١٧٩٥٢)، والتبريزي (٣٦٣١)، والخطيب في تاريخ بغداد (٢٢١/٢)، والمتقى في كنز العمال (١١٤٥)، والألباني في السلسلة الصحيحة (٥٤٥).

وبلفظ: [إذا قاتل أحدكم أخاه فليجنب الوجه] أخرجه: مسلم وفي رواية له [إذا ضرب] (٢٦١٢)، وعند البخاري بلفظ: [فلتق] بدل [فليجنب] (١٨٨/٣)، ونفس اللفظ لمسم أيضاً. وأخرجه: أحمد (٣٢٧/٢، ٣٤٧)، وعبد الرزاق (١٧٩٥١)، والبخاري (٢٦٥/١٠)، والتبريزي (٣٥٢٥)، والبيهقي (١٠٦/٨) مجمع، والمتقى في كنز العمال (١١٤٢: ١١٤٣)، وفتح الساري (١٨٢/٥، ١٨٣).

(٢) هذا العنوان ليس في الأصل وزيادته من ط/دار السلام، وهي زيادة مهمة.

أما الموجب: فكل جنائية سوى هذه السبعة، مما يعصى العبد بها ربه؛ فيستوجب بها التعزير، سواء كان على حق الله تعالى، أو على حق آدمي، إذ حق آدمي أيضاً لا يخلو عن حق الله تعالى.

وأما المستوفى: فهو الإمام، وليس ذلك للآحاد إلا الأب والسيد والزوج. أما الأب فلا يعزر البالغ، والصغير لا يعصى لكن للأب الضرب تأدياً وحملًا على التعلم وردًا عن سوء الأدب. وللمعلم أيضاً ذلك بإذن الأب. وكل ذلك جائز بشرط سلامة لعاقبة، فإن أفضى إلى الهلاك وجب الضمان على العاقلة، ويكون شبه عمد، ويتبين أنهم جاوزوا حد الشرع، إلا ما يظهر كونه عمداً محضاً، ففيه القصاص.

وأما السيد، فالصحيح: أن له تعزير عبده في حق الله تعالى، وأما في حق نفسه، فجائز بلا خلاف.

وأما الزوج، فلا يُعزر زوجته إلا على النشوز على الترتيب الوارد في القرآن العظيم، فإن كانت لا تنزجر بالضرب اليسير بل بضرب مخوف، فلا يُعزر أصلاً؛ لأن المبرح مهلك، والخفيف غير مفيد.

أما أصل الموجب، فقد قال العلماء: ما يتمحض لحق الله تعالى فالاجتهاد فيه إلى الإمام، فإن رأى الصلاح في سحب ذيل العفو والتغافل عنه في بعض المواضع: فعل. وإن رأى الاقتصار على الزجر بمحرد الكلام: فعل؛ إذ المصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، وكم تجاوز رسول الله ﷺ عن أقوام أساءوا آدابهم!!.

أما المتعلق بحق آدمي، فلا يجوز إهمال أصله مع طلب المستحق. لكن هل يجوز للإمام ترك الضرب والاقتصار على الزجر بالكلام إن رأى ذلك؟ فيه وجهان. ولو عفا المستحق، فهل للإمام التعزير؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: لا؛ لأنه ليس المستحق.

والثاني: نعم؛ لأن ذلك لا يخلو أيضاً عن الجنائية على حق الله تعالى، وربما أراد الإمام زجره عن العود إلى مثله.

والثالث: أنه إن عفا عن الحد سقط، وإن عفا عن التعزير، فللإمام التعزير؛ لأن أصل التعزير موكول إلى الأئمة.

أما قدر الموجب: فلا مرد لأقله، وأكثره محطوط عن الحد. ومنهم من قال: يحط كل تعزير - وإن عظم - عن أقل الحدود، وهو حد الشرب. ومنهم من قال: تعزير مقدمات الشرب يحط عن حده، ولا يحط تعزير مقدمات الزنا إلا عن حد لزننا.

وكذلك تعزير مقدمات القذف؛ فإن إمساك العبد سيده حتى يقتله غيره كبيرة أعظم من شرب قطرة من خمر. وروى صاحب «التقريب» حديثاً عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يُجلد فوق العشرة إلا في حد»^(١)، وقال: الحديث صحيح. فإن صح، فمذهب الشافعي، رضي الله عنه، اتباع الحديث، وإن لم يصح الحديث فيحط عن عشرين في حق العبد؛ لأنه حد الشرب في حقه. وفي حق الحر، هل يحط عن العشرين الذي هو أقل ما يجب حداً كاملاً أو عن الأربعين الذي هو حده؟، فيه وجهان.

وأما مالك، رحمه الله، فإنه جاوز الحد، وجوز القتل في التعزير؛ للاستصلاح، وهو ضعيف؛ إذ الاستصلاح التام يحصل بالحدود والتعزيرات والحبس؛ فلا حاجة إلى القتل، والله أعلم.

وإذا فرغنا من موجبات الحدود، فجدد بنا أن نشير إلى موجبات الضمانات، سوى ما ذكرناه في كتاب «العَصَب».

* * *

(١) الحديث أخرجه البخاري (٦٨٤٨)، والترمذي (١٤٦٣)، وأبو داود (٤٤٩١، ٤٤٩٢)، وابن ماجه (٢٦٠١)، وأحمد (٤٦٦/٣، ٤٥/٤)، والبيهقي (٣٢٨/٨، ١٠/١٤٢)، والغوى (٣٤٣/١٠)، والطحاوي في مشكل الآثار (١٦٤/٣)، والتبريزي (٣٦٣٠)، وابن حجر في الفتاح (١٧٦/١٢). وللحديث ألفاظ أخرى.

كتاب موجبات الضمانات

والنظر في: ضمان الولاية، وضمن الصائل، وضمن ما أتلفته البهائم، فنعقد في كل واحد باباً.

الباب الأول: في ضمان الولاية

والنظر في: موجب الضمان ومحلّه:

أما الموجب: فالصادر عن الإمام: إما تعزير، وإما حدّ، أو استصلاح.

أما التعزير: فمهما سرى وجب الضمان، وتبين خروجه عن المشروع؛ إذ المشروع ما لا يهلك، وهو منوط بالاجتهاد ومشروط بسلامة العقاب، فيجب الضمان على كل مُعزّر إذ لم تسلم العقابة.

وأما الحدود، فهي مقدرة فيما عدا الشرب، فإذا اقتصر فمات، قلنا: الحق قتله. أما إذا مال عن المشروع، فلا يخلو: إما أن يكون في وقت، أو قدر، أو جنس.

فإن كان في الوقت، بأن أقامه في شدة الحر، فالنص أنه لا يضمن، وفي مثله في الحتان يضمن، وذكرنا فيه النقل والتخريج، فكأنه يرجع حاصل الخلاف إلى أن التأخير مستحب أو مستحق؟.

أما الجنس، فشارب الخمر إذا ضرب بالنعال وأطراف الثياب قريباً من أربعين، فمات، فلا ضمان إلا على الوجه البعيد في أن ذلك غير جائز.

وإن ضرب أربعين، فقولان: أحدهما: لا ضمان كسائر الحدود. والثاني: نعم، لقول علي، رضي الله عنه: إن ذلك شيء رأيناه بعد رسول الله ﷺ، وهذا بشرط أن لا يصح الخبر في جلد الأربعين.

فإن أوجبنا، فالصحيح إيجاب كل الضمان. وفيه وجه: أنه يوزع على التفاوت بين ذلك، وبين الضرب بالنعال في الألم. وهذا شيء لا ينتضبط ولا يدرك أصلاً.

أما القدر، فهو أن يضرب في حد القذف أحدًا وثمانين، فقولان: أحدهما: أنه يجب عليه من الضمان جزء من أحد وثمانين. والثاني: أنه يجب النصف؛ نظرًا إلى الحق والباطل، إذ ربما أثر آلام السياط لا تتساوى.

أما إذا ضرب في الشرب ثمانين، ضمن الشطر؛ لأنه زاد عن المشروع مثله. فلو أمر الجلال بثمانين، فزاد واحدًا، اجتمع من الأصول ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يسقط من

الضمان أربعون من واحد وثمانين، ويجب أربعون على الإمام، وواحد على الجلال. والثاني: أنه يجب في مقابلة الباطل نصف موزع على الإمام والجلال بالسوية. والثالث: أنه يجعل الضمان أثلاثاً، فيسقط ثلثه، ويجب على الإمام ثلثه، وعلى الجلال ثلثه.

أما الاستصلاح، فهو: إما بقطع سلعة أو بالختان.

أما السلعة، فللعاقل أن يقطعها من نفسه إن لم يكن فيه خوف، فإن كان مخوفاً لم يجز لإزالة الشين. وهل يجوز للخوف على البقية؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا؛ لأن الخوف موجود في الترك والقطع، فلا فائدة في القطع. والثاني: الجواز؛ إذ الخوف متساو، فإنه الخيرة. والثالث: أن القطع إن كان أسلم في الظن الغالب، جاز، وإن اعتدل الخوف فلا، وكذلك الخلاف في اليد المتأكلة.

أما من به ألم لا يطيقه، فليس له أن يهلك نفسه، فإن كان الموت معلوماً، مثل الواقع في نار لا ينجو منها قطعاً، وهو قادر على إغراق نفسه، وهو أهون عليه: اختلف فيه أبو يوسف ومحمد، رحمهما الله، والأصح: أن له أن يفرق نفسه.

رجعنا إلى الوالي والولي، وليس لهما ذلك في حق العاقل البالغ إجباراً، بل الخيرة إلى العاقل. فإن فعلوا وجب القصاص.

أما المولى عليه بالصغر والجنون، فلأب أن يتعاطى فيهم ما يتعاطى العاقل في نفسه لإزالة الشين والخوف.

أما السلطان، فله ذلك حيث لا خوف، ويكون قطعه كالقصْد والحجامة، وهو جائز له. وإن كان في القطع خطر فليس للسلطان ذلك، كما ليس له الإجبار على النكاح؛ لأن مثل هذا الخطر يستدعي نظراً دقيقاً وشفقةً طبيعية، وليس للسلطان ذلك، فإن فعل حيث لم يجوز، فتجب الدية، وفي القود قولان، ووجه الإسقاط الشبهة؛ إذ هذا مما تقتضيه ولاية الأب وإن لم تكن تقتضيه ولايته. ثم الصحيح أن الدية في خاص ماله وإن سقط القود؛ لأنه عمد محض. وحيث جوزنا للأب والسلطان ذلك، فسرى، قال القاضي: «وجب الضمان كالتعزير؛ لأنه غير مضبوط، وإنما جوزنا بالاجتهاد»، والصحيح ما قاله الأصحاب، وهو سقوط الضمان؛ لأن الجرح فيه خطر، وقد جوز مع الخطر، وإنما جوز من التعزير ما لا خطر فيه. وكيف يتعرض الولي لضمان سرية الفصد والحجامة، وذلك يزجره عن فعله، ويضر بالصبي؟ نعم، يتجه ذلك في الختان بعض الاتجاه فإنه ليس على الفور، ولا فيه خوف. والصحيح أيضاً أنه لا ضمان.

أما الختان، فمستحق عند الشافعي، رضى الله عنه، في الرجال والنساء؛ لأنه جائز،

مع أنه جرح مخطو، فيدل على وجوبه، والواجب في الرجال قطع ما يغشى الحشفة، وفي النساء ما ينطلق عليه الاسم.

ثم أول وجوبه بالبلوغ، وليس يجب على الصبي، بخلاف الغدة إذ تنقضى من غير فعل، والأولى أن يبادر الولي في الصبي؛ لسهولة ذلك عند سخافة الجلد، فإن بلغ وامتنع استوفى السلطان قهراً، فلا ضمان إذ وجب استيفاؤه إلا أن يفعل في شدة الحر، فإن النص أنه يضمن، وفيه تخريج سبق.

النظر الثاني: في محله:

والإمام كسائر الناس فيما يتعاطاه لا في معرض الحكم، أو في معرض الحكم على خلاف الشرع عمداً. وأما إذا بذل الممكن في الاجتهاد فأخطأ، ففي الضمان قولان:

أحدهما: أنه كسائر الناس يجب عليه، أو على عاقلته. والثاني: أنه في بيت المال؛ لأن الوقائع تكثر، وهو معرض للخطأ، فكيف يستهلك ماله؟ وعلى هذا، ففي الكفارة وجهان؛ لأنها من جنس العبادات فتبعد عن التحمل. ويجرى القولان فيما لو ضرب في الشرب ثمانين وقلنا: له ذلك. ولا يجري إذا أقام الحد على حامل مع العلم؛ فإنه مقصر، والغرة على عاقلته قطعاً، وكذلك إذا قضى بقول عبدین، أو كافرين، أو صبيين وقصر في البحث. فإن بحث فأخطأ، جرى فيه القولان، إلا أنه يمكن الرجوع على الشهود؛ لأنهم تصدوا لما ليسوا أهلاً له. ومنهم من قال: لا رجوع؛ لأنهم صدقوا أو أصروا، وليس القاضي بالمغرور؛ إذ المغرور غير مأمور بالبحث، وهو مأمور به.

فإن قلنا: يرجع، ففي تعلقه برقبة العبدین، أو لزومه في ذمتها خلاف. وفي الرجوع على المراهق نظر؛ لأن قوله بعيد أن يعتبر الإلزام، ولكن يمكن أن يجعل كجناية حسية، ولذلك تعلق برقبة العبد على رأى.

فإن كانا فاسقين، ورأينا نقض الحكم بظهور الفسق بعد القضاء، ففي الرجوع عليهم ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يجب كالعبدین. والثاني: لا؛ لأنهما من أهل الشهادة على الجملة. والثالث: أنه يرجع على المجاهر دون المكاتم؛ فإن عليه ستر الفسق بخلاف الرق فإنه لا يستر.

أما الجلاد، فلا ضمان عليه؛ لأنه كيد الإمام وسيقه، ولو ضمن لم يرغب أحد فيه، وكذا الحجام إذا قطع سلعة بالإذن فلا ضمان عليه مهما كان القطع مباحاً. أما إذا قطع يداً صحيحة بالإذن، ففي الضمان خلاف؛ لأن المستحق أسقط حقه ولكنه محرم.

ولو قتل حر عبداً، وأمر الإمام بقتله، والجلاد شفعوى، ففيه وجهان، ينظر في

أحدهما إلى اعتقاد الجلال، وفي الثاني إلى اجتهاد الإمام.

وكذا الخلاف فيما لو كان الإمام شفعوياً فأخبطاً بذلك، والجلاد حنفى: فالنظر إلى جانب الإمام يوجب القصاص على الجلال.

وكل هذا إذا كان للجلاد محيص عن الفعل. فإن لم يكن فهو كالمكره، عسى رأى، وقد ذكرناه.

الباب الثاني: في دفع الصائل

والنظر في: المدفوع، والمدفوع عنه، وكيفية الدفع.

أما المدفوع، فلا تفصيل فيه عندنا، بل كل ما يخاف الهلاك منه، يباح دفعه ولا ضمان فيه؛ لأنه مستحق الدفع، يستوى فيه المسلم، والكافر، والصبي، والمجنون، والبهيمة. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجب ضمان البالغ، ويجب ضمان البهيمة الصائلة، وله في الصبي والمجنون تردد. واختلف الأصحاب في مسألتين:

إحدهما: جرّة تدهورت من سطح، أو جدار مطل على رأس إنسان فدفعها فكسرها؛ فمن ناظر إلى أنه مستحق الدفع، ومن ناظر إلى أنه لا اختيار لها حتى يحال عليها، فصار كالمضطر في الخمصة إلى طعام الغير، فإنه يأكل ويضمن.

الثانية: إذا اضطر إلى طعام في بيته، وعلى بابه بهيمة صائلة لا تندفع إلا بالقتل، فهو مردد بين ضرورة الخمصة والصيل، ففيه وجهان. وهذا حكم جواز الدفع.

أما جواز الاستسلام فينظر: إن كان الصائل بهيمة أو ذمياً، لم يجز، ووجب الدفع؛ إذ عهد الذمي ينتقض بصياله. وإن كان مسلماً محقناً فقولان: أحدهما: الجواز؛ لقوله ﷺ لحذيفة، رضي الله عنه، في وصف الفتن: «كن عبد الله المقتول، ولا تكن عبد الله القاتل»^(١). والثاني: المنع؛ لأن الصائل لا حرمة له؛ لظلمه، والمصول عليه محترم. وإنما

(١) الحديث أخرجه السيوطي في السدر المنشور (٢/٢٧٥)، وأحمد (٥/١١٠)، والدارقطني (٣/١٣٢).

وأصل هذه المسألة قوله تعالى في قصة ابني آدم عن المظلوم ﴿إِنِّي أريد أن نبوء لئنمى وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاء الظالمين﴾، وللحديث الصحيح عن أنس ككرة قال: قال رسول الله ﷺ: إنها ستكون فتن ألا ثم تكون فتنة القاعد فيها خير من الماشى والماشى فيها خير من الساعى، ألا فإذا نزلت أو وقعت فمن كان له إبل فليلق بها، ومن كانت له غنم فليلق بفسه ومن كانت له أرض فليلق بأرضه. قال: فقال رجل: يا رسول الله أرايت من لم يكر له إبل ولا غنم ولا أرض، قال: يعمد إلى سيفه فيدق على حده بحجر ثم ليح إن استطاع النجاة. اللهم هل بلغت؟ اللهم هل بلغت؟ اللهم هل بلغت؟ فقال رجل: يا رسول الله =

يؤمر بترك القتل في الفتنة خوفاً من إثارة الفتنة.

نعم، يجوز للمضطرين في المخمصة الإيثار؛ لأن الحرمة شاملة للجميع. وأما الصبي والمجنون، فمنهم من ألحقهما بالبهيمة، ومنهم من طرد القولين. ووجه القطع بالمنع: أن قتل الصبي يجب منعه على المكلف إذا قدر كيلاً يئوئ بالإنتم؛ لأنه صورة ظلم.

أما المدفوع عنه: فله ثلاث مراتب:

الأولى: ما يخصه، وهو كل حق معصوم: من نفس، وبضع، ومال وإن قل حتى يهدر الدم في الدفع عن درهم، وحكى عن الشافعي، رضي الله عنه، قول قديم: أنه لا يدفع عن المال بالقتل، وهو غريب.

الثانية: ما يخص الغير وهو يقدر على دفعه. منهم من طرد القولين في وجوب الدفع، ومنهم من قطع بالوجود؛ إذ لا مدخل للإيثار هاهنا، وهو حق الغير. ومن الأصوليين من قطع بالمنع، وقال: ليس شهر السلاح في مثل ذلك إلى الأحاد، بل إلى السلطان؛ لأنه يحرك الفتن.

الثالثة: ما يتعلق بمحض حق الله تعالى، كشراب الخمر، فظاهر رأي الفقهاء وجوب الدفع؛ بسبب الأمر بالمعروف، ولو بالسلاح. ومنهم من منع ذلك إلا للسلطان خوفاً من الفتنة. وذكرنا في ذلك تفصيلاً طويلاً في كتاب «الأمر بالمعروف» من كتب «إحياء علوم الدين»^(١).

أما كيفية الدفع، فيجب فيه التدريج؛ فإن اندفع بالكلام لم يضرب، أو بالضرب لم

«أرأيت إن أكرهت حتى ينطلق بي إلى إحدى الصفين أو إحدى الفئتين فيضربني رجل بسيفه أو بسهمه فيقتلني. قال: يئوئ بإثمك وإثمك ويكون من أصحاب النار، قلت: هذا في قتال الفتنة لا في قتال أهل الردة المستبدلين شريعة من شرائع الله بشرع البشر وقوانينهم وحثالة أذهانهم وفهامهم، فإن هذا الحديث قد أشكل على كثير من إخواننا مما يوجب بفهمهم لهذا الحديث أن أبا بكر والعشرة الصحابة آثمون لقتالهم من امتنع عن شريعة واحدة وهي الركاة لا جحوداً بها بل بتأويل باطل صاروا به من أهل الردة، وهو مذهب الشيعة الروافض إذ أنهم خطئوا أبا بكر رضي الله عنه، وقالوا: إن أبا بكر أول من سبى المسلمين وأن القوم كانوا متأولين في مع الصدقة. انظر: كتابنا معايير التأويل والتأويلين، ونيل الأوطار (١٢٠/٤)، والحديث أخرجه: مسلم (٢٢١٣)، والحاكم (٤٤٠/٤، ٤٤١)، والمتقى الهندي (٣٠٨٣٠).

(١) إحياء علوم الدين (٢/٢٨٥: ٣٠٦)، الحديث أخرجه: البخاري (٢١١/٧)، والمتقى الهندي (٢٥٢٠٥)، والبيهقي (٣٣٨/٨)، ومسلم (٢١٥٦)، والترمذي (٢٧٠٩)، وابن حجر في فتح الباري (٣٦٧/١٠)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٩٧/٧)، والطبراني (١٣٣/٦)، ولغوى (٦٧/٥)، من طرق وبألفاظ متقاربة عن سهل بن سعد مرفوعاً به.

يجرح، أو بالجرح لم يقتل، وإذا اندفع لم يتبع.

ولو رأى من يزنى بامرأة، فله دفعه إن أبى ولو بالقتل. فإن هرب فاتبعه وقتله، وجب القصاص عليه إن لم يكن محصناً، فإن كان محصناً فلا قصاص؛ لأنه مستحق القتل وإن لم يكن للآحاد قتله. وكذا من استبد بقطع يد السارق فلا قصاص، ولكن لا بد من إقامة بينة عليه؛ فإنه لا يُسمع مجرد دعواه للزنا والسرقة.

وتبنى على هذه القاعدة مسائل:

الأولى: لو قدر المصول عليه على الهرب، فالظاهر أنه ليس له الدفع، ومنهم من جوز، وكان الموضع حقه فلا يلزمه الهرب.

ولو كان الصائل يندفع بسوط، لكن ليس في يد المصول عليه إلا ما لو ضرب به لجرح؛ فالظاهر جواز الضرب؛ لأن الاعتبار حاجته، وهو لا يقدر على غيره، ولذلك نقول: الحاذق الذي لا يقدر على الدفع بأطراف السيف من غير جرح، يضمن إن جرح، والأخرق الذي يعجز عنه لا يضمن.

الثانية: لو عض يد إنسان، فله أن يسلم يده، فإن ندرت أسنانه فلا ضمان، وإن لم يقدر على السلم، فله أن يضع السكين في بطنه، ويعصر أنثيه. وقيل: لا يجوز إلا أن يقصد العضو الجاني ليندفع. وهو بعيد.

الثالثة: إذا نظر إلى حرم إنسان من صير الباب، وكوة الدار عمداً، فله أن يقصد عينيه بحصاة، أو مدرة من غير تقديم إنذار. فلو أعماه الرمي فلا ضمان، وهذا على خلاف تدريج الدفع، ولكن نظر رجل إلى رسول الله ﷺ في حجرته من صير بابه، وكان بيده عليه السلام مئذرى يحك به رأسه، فقال: «لو علمت أنك تنظرنى، لطعنت بها عينيك»^(١).

وقال القاضي: لا بد من تقديم الإنذار على القياس، والحديث محمول على أنه لو أصر على النظر فلم يندفع بالإنذار. وهذا مذهب أبي حنيفة، رحمه الله.

وعكس صاحب «التقريب» وقال: يستدل بهذا على أن الدفع جائز ابتداءً من غير إنذار، ويتأيد ذلك بقولنا: إنه يجوز قتل المرتد بغتةً من غير إهمال وإنذار. والمذهب: الفرق؛ لأجل الحديث؛ ولأن النظر إلى الحرم جنائية تامة، فإن ما رآه ونكشف له، لا يستتر باندفاعه بعده، فللنظر هذه الخاصية. لكن لا خلاف أنه بعد الاندفاع لا تقصد عينه بالجنائية السابقة، فكان المسلط هذه الخاصية مع وجود الجنائية.

(١) أخرجه الترمذى (٢٧٠٩)، والنسائى (٦١/٨)، والبيهقى (٣٣٨/٨).

والصحيح: أنه لو استرق السمع من كوة، لم تقصد أذنه من غير إنذار، وإن كان ما سمعه قد فات ولكن أمر الكلام أهون من أمر العورات، وفيه وجه: أنه يلحق به.

وإن كان الباب مفتوحاً فنظر لم يقصد؛ لأن التقصير من رب الدار. ولا فرق بين أن ينظر في الصير من ملك نفسه، أو من الشارع، أو من السطح، فإنه يقصد.

هذا إذا كان في الدار حرم غير مستترات، فإن لم يكن فتلاثة أوجه: أحدها: الجواز؛ للعموم؛ ولأن الإنسان قد يكون مكشوف العورة. والثاني: المنع؛ إذ أمن الاطلاع على المستتر، وعلى الرجال أسهل. والثالث: أنه يجوز القصد إن كان في الدار حرم وإن كن مستترات. وإن لم يكن إلا الرجال لم يجوز.

ولا خلاف أنه إن كان للناظر حرم في هذه الدار فيصير ذلك شبهة فلا يقصد. ثم إن لم تحصل الشرائط وجب القصاص، وإن حصل، فرشقه بنشابة وجب القصاص، بل لا يترخص إلا في قصد العين بخشبة، أو مدرة، أو بندقة؛ فقد يخطئ، وقد يصيب ولا يعمى. وأما الرشق فقتل صريح؛ فلا يجوز.

الباب الثالث: فيما تتركه البهائم

وفيه فصلان:

الفصل الأول: أن لا يكون معها مالكها

فإن انسرحت في المزارع نهاراً فلا ضمان على مالك البهيمة، وإن انسرحت ليلاً؛ ضمن؛ بذلك قضى رسول الله ﷺ^(١) إذ العادة حفظ الدواب ليلاً من ملاكها، وحفظ المزارع نهاراً من أصحابها، فالتبع فيه التقصير. ولو انعكست العادة في موضع انعكس الحكم فيهما؛ للمعنى من فرق رسول الله ﷺ.

وفيه وجه: أنه لا ينعكس؛ لأن ضبط العادة يعسر؛ فيتبع الشرع كيفما تقلبت العادات.

فرعان: أحدهما: أن البهائم أيضاً لا تخلو عن الراعى نهاراً، ولكن يعذرون في الغفلة عنها إذا سرحت بعيدة من المزارع، فلو سرحها في جوار المزارع مع اتساع المراعى،

(١) الحديث، أخرجه: أبو داود (٣٥٦٩)، وابن ماجة (٢٣٣٢)، والدارقطني (١٥٤/٣)، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجة (٣٧/٢)، من طرق عن الزهري، عن حرام بن حيصة، عن أبيه مرفوعاً بلفظ: [على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل]، وأخرجه أيضاً أحمد (٤٣٦/٥)، والسيوطي في الدر المنثور (٣٢٥/٤)، والقرطبي في تفسيره (٣١٤/١١)، وعبد الرزاق (١٨٤٣٨)، وأخرجه مالك (٧٤٧/٢) بلفظ متقارب.

فهو مقصر؛ فيضمن.

الثاني: لو سرحها ليلاً، فدخلت البساتين، وأبوابها مفتوحة، لم يضمن؛ لأن التقصير في البستان من صاحبه؛ إذ لم يغلق الباب، والتقصير من رب البهيمة في حق المزارع صاحبه.

الفصل الثاني: أن يكون معها مالها

فيضمن مالك الدابة ما ألتفتته يديها إذا خبطت، وبرجلها إذا رحمت، وبفيها إذا عضت، وكذلك كل ما كان يمكن حفظ الدابة عنه من غير انسداد رفق الطرق.

أما الضرر الذي ينشأ من رشاش الوحل، وانتشار الغبار إلى الفواكه، فلا ضمان؛ إذ هو ضرورة الطرق، ولا يمكن المنع منه. نعم، لو خالف العادة بالركض في شدة الوحل، أو ترك الإبل في الأسواق غير مقطرة، أو ركب الدابة النزقة التي لا يركب مثلها إلا في الصحارى: ضمن؛ لكونه مقصراً في العادة.

فروع: الأول: لو أفلتت الدابة ليلاً عن الرباط، فهو كما لو غلبت صاحبها، وقد ذكرناه في باب «الاصطدام».

الثاني: لو تخرق ثوب إنسان بحطب على دابة، وهو مقابل ومبصر ووجده منحرفاً فلا ضمان. وإن كان مستديراً، أو ناداه المالك منبهاً، فكمثله. وإن لم ينبهه ضمن صاحب الدابة.

الثالث: إذا أدخل الدابة مزرعة، فأخرجها صاحب المزرعة، فانسحرت في مزرعة غيره: فلا ضمان على المخرج. فإن كانت مزرعة محفوفة بالزراع فلا يمكن إخراجها إلا به فيضمن؛ إذ عليه الصبر ليرجع على رب البهيمة. ومها كان رب الدابة مقصراً، ولكن مالك الزرع حاضر وقادر على التنفير فلم يفعل، فلا ضمان؛ إذ هو المقصر بترك التنفير في العادة.

الرابع: الهرة المملوكة إذا قتلت طير إنسان، أو قلبت قدره، ففي وجوب الضمان على مالكها أربعة أوجه: أحدها: أنه لا ضمان؛ إذ ما جرت العادة بربط السنانير ليلاً وبهاراً. والثاني: يجب؛ إذ يمكن شد الروازن وغلق الأبواب حتى لا تخرج. والثالث: أنها كالدابة، يجب حفظها ليلاً لا نهاراً. والرابع: بالعكس؛ فإن الأطعمة تصان بالليل دون النهار.

الخامس: الهرة الضارية بالطيور والإفساد، أو تنجيس الثياب، قال القاضي: يجوز قتلها في حال سكونها؛ لأنها التحقت بالقواصق، فأشبهه الذئب الذي لا يحل اقتناؤه.

وقال القفال: لا يجل؛ لأن هذه ضراوة عارضة على خلاف الجنس، فتدفع في حال الضراوة فقط.

والكلب الضارى كالهرة، والأولى تشبيهه بالذئب.

* * *

كتاب السير

ومقصود الكتاب: بيان الجهاد، والنظر في وجوبه، وكيفية، وتركه بالأمان. فنعتقد في كل واحد باباً:

الباب الأول: بيان الجهاد والنظر (١)

وقد يجب على التعيين، وقد يجب على الكفاية، وهو الغالب^(٢). والنظر في طرفين:

(١) ما بين المعكوفتين زيادة منا للبيان والايضاح.

والجهاد في اللغة: بذل الإنسان جهده وطاقته؛ والمبالغة في استفراغ الوسع في الشيء، أشق من الجهد، يقال: جهد الرجل في كذا: أى حذ فيه وبالف، ويقال: اجهد جهداً؛ أى ابلغ غايةك، ومنه قوله تعالى: ﴿وجاهدوا في الله حق جهاده﴾ وقوله تعالى: ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ أى بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها، وهذا من المعاني الحقيقية لمادة الجهاد، ومن المعاني المجازية قول العرب: سقاء لبنا جهوداً وهو الذى أخرج زبده أو أكثر مائه، ويقال: أجهد فيه الشيب إذا أكثر هذا معناه في اللغة وهو كما ترى عام في ذاته وفي غايته.

وفي الاصطلاح: بذل المسلم طاقته وجهده في نصرته الإسلام ابتغاء مرضاة الله، ولهذا قيد الجهاد في الإسلام بأنه في سبيل الله ليدل على هذا المعنى الضروري لتحقيق الجهاد الشرعى، وبهذا جاءت الآيات القرآنية معلنة أن جهاد المسلمين ومنه القتال، إنما هو جهاد في سبيل الله بخلاف الكافرين فإن جهادهم وقتالهم في غير سبيل الله، أى في سبيل الشيطان، قال تعالى: ﴿الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله، والذين كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت﴾ وقد يعبر عن المعنى الذى يبينه بعبارة: القتال لتكون كلمة الله هي العليا، كما جاء في الحديث الشريف «سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يقاتل شجاعة ويقاتل حمية ويقاتل رياء، فأى ذلك في سبيل الله؟ فقال ﷺ: من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله؛ لأن المقصود بكلمة الله الإسلام، وجعلها هي العليا أى هي النافذة الظاهرة. انظر: لسان العرب (٧١٠/١) المصاحح المنير (١١٢) المعجم الوسيط (١٤٢/١) معنى المحتاج (٢٠٨/٣) بدائع الصنائع (٢٩٩/٩) أصول الدعوة لعبد الكريم زيدان (المبحث السابع رقم ٤٥٤).

(٢) أى هو الغالب في زمانه رحمه الله لوجود الدولة الإسلامية وإمام عليها يحمى بيصتها كما سيأتى شرحه من المصنف أما مع سقوط الدولة الإسلامية وقيام دويلات علمانية مكانها وتنحية شرع الله وإحلال شرع البشر مكانه وغير ذلك مما لا يخفى على من عده علم بدين الله فالغالب العين لا الكفاية.

أما الواجب العيني: فهو ما دل خطاب الشارع على طلبه طلباً جازماً من كل فرد من أفراد المكلفين كالصلاة والزكاة والصوم ولا يسقط على أعيانهم المكلفين إلا مع عدم القدرة، وتفصيلات الاستطاعة والقدرة على ما ذكر من قبل فراجع.

فى الواجبات على الكفاية، وفى المآذير المسقطه.

الأول: فى الواجبات

فالجهاذ واجب على الكفاية، وقيل: كان على الصحابة، رضوان الله عليهم، فرض عین، وكان من يتخلف يحرس فى المدينة، وكانوا يتناوبون ويغزون مع رسول الله ﷺ فى كل سنة بعد أن نزل القتال.

وقد كان ﷺ قبل ظهور شوكة الإسلام مأموراً بالدعوة والصبر على الأذى حتى نزل الحث على الجهاد.

والآن، فيجب على الإمام فى كل سنة، أو ما يقرب منها غزوة، ينهض إليها جُنْدَه؛ إدامةً للدعوة القهرية، وإظهاراً للإسلام^(١). ثم يرعى النصفة فى المناوبة بين الجند، ولا

وأما الواجب الكفاي: فهو ما دل خطاب الشارع على طلبه جازماً من مجموع المكلفين، بحيث إذا أداه البعض سقط عن الباقي كتفصيل الميت وتكفينه وكصلاة الجنائز، وتولى القضاء وإفتاء المسلمين، وغير ذلك من الكفايات. وقد ينقلب الواجب الكفاي إلى عيني مثل انفراد شخص بالواجب كرد السلام. وسأيتى للمصنف متى يكون الجهاد فرض عين.

(١) فى ذلك رد على الذين زعموا من المحدثين تلامذة الغرب القائلين: إن القتال فى الإسلام، أو الجهاد فى الإسلام، دفاعى لا هجومى، فلا يجوز للدولة الإسلامية أن تهاجم دولة غير إسلامية إلا إذا هاجمتها الأخيرة واستدلوا بقوله تعالى ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقَاتِلُوكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ الآية [البقرة: ١٩٠]. وهذا حق أريد به باطل، والحق أن هذه الآية يستدل بها على سبب واحد من أسباب القتال فى الإسلام، أما الباطل الذى أراده هو إبطال وإسقاط بقية الأسباب التى شرع من أجلها القتال فى الإسلام ومنها رد الاعتداء كما سبق فى الآية السابقة. ومنها: القتال لنصرة ضعفاء المسلمين الذين يتعرضون لظلم الكفرة قال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تَقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمُ أَهْلُهَا﴾ الآية [النساء: ٧٥].

ومنها: أن يبدأ المسلمون قتال الكفرة إذا رفضوا الإسلام ومنعوا المسلمين من تولي الحكم والسلطان لإقامة شرع الله وتطبيقه فى الأرض، وهذا هو الذى يجادل فيه البعض ويعتبره من قبيل القتال الذى يبدأ به المسلمون غيرهم بلا مبرر. والحقيقة أن القرآن والسنة النبوية يدلان على هذا النوع من القتال، قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾ الآية [الأنفال: ٣٩]. والفتنة معناها الكفر والشرك، قال الإمام أبو بكر الجصاص فى أحكام القرآن فى تفسير هذه الآية: يوجب فرض قتال الكفار حتى يتركوا الكفر. قاله ابن عباس وقتادة ومجاهد والربيع أما الدين فهو الانقياد لله بالطاعة.. والدين الشرعى هو الانقياد لله عز وجل والاستسلام له... ودين الله هو الإسلام لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ الآية [آل عمران: ١٩]. فقول الإمام الجصاص: حتى يتركوا الكفر، أى كفرهم المتعلق بتشريع=

يُخَصَّصُ بعضُ أَقَالِيمِ الكُفَّارِ، وَلَكِنْ يُقَدِّمُ الْأَهَمُّ فَالْأَهَمُّ، وَيَتَشَوَّفُ إِلَى بَثِّ النِّكَايَةِ وَالرُّعْبِ فِي الْجَمِيعِ.

وإنَّما يصيرُ الْفَرْضُ عَلَى الْكُفَايَةِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ مَقْصُودَ الْخُصُولِ فِي نَفْسِهِ لِلشَّرْعِ وَلَمْ يَكُنِ الشَّخْصُ مَقْصُودًا بِالامْتِحَانِ، وَذَلِكَ يَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَقْسَامًا:

قِسْمٌ يَتَعَلَّقُ بِمَحْضِ الدِّينِ: كإِقَامَةِ الدَّعْوَةِ الْحَاجَّاتِ بِالْعِلْمِ، وَالْقَهْرِيَّةِ بِالسَّيْفِ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَخْلُوَ خُطَّةُ الْإِسْلَامِ عَنْهُ، وَهَذَا يَتَعَلَّقُ بِأَصْلِ الدِّينِ. وَمِنْهَا يَتَعَلَّقُ بِفُرُوعِ الدِّينِ وَشُعَارِهِ، كإِحْيَاءِ الْكُعْبَةِ بِالْحَجِّ كُلِّ سَنَةٍ، وَإِشَاعَةِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ، وَرَدِّ السَّلَامِ، وَهُوَ مِنَ الشَّعَائِرِ وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَلِيَّةٌ، بَلْ مَصْلَحَةٌ حَسَنُ الْمَعَامَلَةِ. وَأَمَّا إِقَامَةُ الْجُمَاعَاتِ وَالْأُذَانَ - سِوَى أَيَّامِ الْجُمُعِ - فَفِيهِ تَرَدُّدٌ.

القِسْمُ الثَّانِي: مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَعَاشِ. كدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ مَحَاوِجِ الْمُسْلِمِينَ وَإِزَالَةِ فَاقَتِهِمْ، فَإِنَّ بَقِيَّتَ ضَرُورَةٍ بَعْدَ تَفَرُّقِ الزُّكُوتِ كَانَ إِزَالَتُهَا مِنْ فَرْضِ الْكُفَايَةِ، وَإِنْ بَقِيَتْ حَاجَةً، فَفِي وَجُوبِ إِزَالَتِهَا تَرَدُّدٌ.

وَأَمَّا الْبَيَاعَاتُ وَالْمَنَاقِحَاتُ، وَالْحِرَاثَةُ وَالزَّرَاعَةُ، وَكُلُّ حِرْفَةٍ لَا يَسْتَغْنَى النَّاسُ عَنْهَا، لَوْ تَصَوَّرَ إِهْمَالُهَا: لَكَانَتْ مِنْ فُرُوعِ الْكُفَايَاتِ، حَتَّى الْفِصْدُ وَالْحِجَامَةُ، وَلَكِنْ فِي بَوَاحِثِ الطَّبَاعِ مَنَدُوحَةٌ عَنِ الْإِجْبَابِ؛ لِأَنَّ قَوَامَ الدُّنْيَا بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ، وَقَوَامُ الدِّينِ مَوْقُوفٌ عَلَى قَوَامِ أَمْرِ الدُّنْيَا وَنِظَامِهَا لَا مَحَالَةَ.

القِسْمُ الثَّلَاثُ: مَا هُوَ كَالْمَرْكَبِ مِنَ الْقِسْمَيْنِ: كَتَحْمِيلِ الشَّهَادَاتِ، وَإِعَانَةِ الْقَضَاةِ عَلَى

«الْأَحْكَامِ، لِأَنَّ التَّشْرِيعَ مِنْ حَقِّ اللَّهِ وَحْدَهُ، فَمَنْ نَازَعَهُ ذَلِكَ فَقَدْ كَفَرَ وَأَشْرَكَ، قَالَ تَعَالَى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْخُذْ بِهِ اللَّهُ﴾ [الْشُورَى: ٢١].

وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَاتْلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التَّوْبَةُ: ٢٨]. قَالَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ: الصَّغَارُ أَنْ تَوْعِذَ مِنْهُمْ الْجِزْيَةَ وَتُجْرَى عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الْإِسْلَامِ. فَهَذَا صَرِيحٌ فِي أَنَّ قِتَالَ الْمُسْلِمِينَ إِنَّمَا هُوَ لِإِظْهَارِ دِينِ اللَّهِ بِتَطْبِيقِ شَرَايِعِهِ بَعْدَ أَنْ يَتَوَلَّى الْمُسْلِمُونَ الْحُكْمَ وَالسُّلْطَانَ وَلَيْسَ الْمَقْصُودُ قَتْلُ غَيْرِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ إِكْرَاهُهُمْ عَلَى الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ هَذَا هُوَ الْمَقْصُودُ لَمَا شَرَعَتْ الْجِزْيَةُ وَلَمَا أَقْرَ الْكَافِرُ عَلَى كُفْرِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. وَفِي السُّنَنِ أَحَادِيثُ كَثِيرَةٌ تُؤَيِّدُ ذَلِكَ وَفِيهَا يَأْمُرُ الرَّسُولُ ﷺ أَسْرَاءَ الْجَنْدِ عِنْدَ تَوْجِيهِهِمْ إِلَى الْمُشْرِكِينَ أَنْ يَدْعُوهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ أَبَوْا فَيُؤَيِّدُ الْجِزْيَةَ أَيْ إِلَى الْخُضُوعِ إِلَى سُلْطَانِ الدَّوْلَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، فَإِنْ أَبَوْا قَاتَلُوهُمْ حَتَّى يَخْضَعُوهُمْ قَهْرًا لِسُلْطَانِ الْمُسْلِمِينَ.

انظر: أصول الدعوة لعبد الكريم زيدان (رقم ٣٦١) ومختصر المنزني (٢٧٧/٨) وزاد المعاد (٣١٠/٧). وانظر كلام المصنف بعد ذلك.

تَوْفِيَةِ الحقوق، وتجهيز الموتى، ودفنهم، وغسلهم، وهذه مصالح، ولكن يتعلق بها أيضاً إظهار شعائر الدين.

وهذه الفروض مذكورة في مواضعها، وإنما نذكر الآن الجهاد والتعلم والسلام، ولتعلم أنه إذا تعطل فرض كفاية في موضع، أُنِمَّ مَنْ علم ذلك وقدر على إقامته، ويأتم مَنْ لم يعلم إذا كان قريباً من الموضع وكان يليق به البحث فلم يبحث. أما مَنْ هو معذور - لبعده، أو لتعذر البحث عليه - فلا يأتم.

الطرف الثاني: في مُسَقِّطَاتِ الوجوب

وهو العجز: إما جسياً أو شرعياً.

أما الحِجْسِيُّ، فهو الصُّبَا، والجنون، والأنونة، والمرض، والفقر، والعرج، والعمى فلا جهاد على هؤلاء؛ لِعِجْزِهِمْ وَضَعْفِهِمْ.

وقيل: الأعرج كالصحيح إن كان يُقَاتِلُ رَاكِبًا، وهو بعيد؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ خُرُجٌ﴾ (١)، ولأنه لا تَنْدُرُ الحاجةُ إلى التَّرجُلِ في مضايق القتال.

وكلُّ مَنْ لا يملك نفقةَ الذَّهَابِ والإِيَابِ والمركوب، فهو فقيرٌ، وتفصيله ما ذكرتُ في الحج، إلا في شيئين: أحدهما: أنه يشترط وجودُ السلاح هاهنا، بخلاف الحج. والآخر: أنه لا يَسْقُطُ الجهادُ بالخوف من المتلصصين على الطريق وإن كانوا من المسلمين؛ لأنَّ أهمَّ الجهاد مع المتلصصين، ومصير هؤلاء إلى الخوف الأعظم.

أما الموانع الشرعية، فهو: الرق، والدَّيْن، وَمَنْعُ الوالدين.

أما الرقيقُ فلا جهادَ عليه، كما لا جُمعة ولا حجَّ عليه، ولا يلزمه الجهاد وإن أمره السيد؛ إذ لا حقَّ له في روحه حتى يغرر به ويُعَرِّضَهُ للهلاك. وكذلك لا يجب على العبد أن يدفع عن السيد إذا قُصِدَ بالهلاك مهما خاف على روحه، بل سيده كالأجانب في هذا المعنى. نعم، إن خرج سيده للجهاد، فله استصحابه للخدمة على العادة، لا ليقاتل قهراً.

أما الدَّيْن، فالحالُّ منه يمنع من الخروج إلا أن يرضى المستحق. والمؤجل لا يمنع عن سائر الأسفار وإن قربت المدة وطال السفر، لكن على المُسْتَحَقِّ معه - إن شاء - لِيُطَالِبَ.

(١) الآية - ٦١ - النور. وهي قرينة تصرف الجهاد من الوجوب إلى الإباحة عن الأعرج وغيره ممن ذكروا. وهي صيغة معروفة عند أهل الأصول بنفي الحرج وهي من صيغ الإباحة. ورحم الله الفاتح العظيم موسى بن نصير فقد كان به عرج.

وأما سفر الجهاد، ففيه أربعة أوجه: أحدها: أنه يُمنع منه؛ لأنَّ المصير فيه إلى الموت، وبه يحلُّ الأجل، بخلاف سائر الأسفار. وهو ضعيف. والثاني: أنه كسائر الأسفار، فلا يُمنع. والثالث: أنه يمنع إلا إذا خُلف وفاءً بالدين. والرابع: أنه إن كان من المرتزقة لم يُمنع؛ إذ ربما كان وجهه في قضاء الدين من القتال، وإلا فيمنع.

وأما رضا الوالدين فشرط؛ روى أن رجلاً جاء فقال لرسول الله ﷺ: أريد أن أجاهد معك، فقال: كيف تركت والدك؟ فقال: تركتهما يتيكيان، فقال: «ارجع وأضحكهما كما أبكتنهما» (١).

أما حج الإسلام بعد الاستطاعة، فيجوز بغير رضاهما؛ لأنه فرض عين (٢)، وفي التأخير خطر، والغالب السلامة مع أمن الطريق.

أما سفر طلب العلم، فإن كان العلم المطلوب معيناً، أو كان يطلب رتبة الاجتهاد حيث شغل البلد عن المجتهد، فلا يشترط الإذن كالخج، بل أولى؛ لأنه على الفور. وإن كان يطلب رتبة الفتوى - وفي البلد مفتون - ففيه وجهان، الظاهر أنه يجوز بغير إذن؛ لأنه حرّ مستقل، وإنما عليه دفع ضرر التحزن في سفر مهلك كالجهاد. ومنهم من قال: لا بد من الإذن؛ لأنَّ دفع الضرر عنهما واجب، وهذا ليس بواجب.

أما الأسفار المباحة - كالجارة وغيرها، مما فيه خطر، كركوب البحر، والبوادي المخطرة - فلا يجوز إلا بإذن، وما عدا ذلك فالظاهر جوازها، لأنَّ في منعه إضراراً به أيضاً، وحقه أولى، وفيه وجه إذا كان فوق مسافة القصر.

(١) الحديث: أخرجه أحمد (٢٠٤/٢) والبيهقي (٢١٤/٨) وأخرجه بزيادة إليها أبو داود (الجهاد ٣٣) والنسائي (بيعة ب ١) وابن ماجه (٢٧٨٢) والبخاري في شرح السنة (٣٧٨/١٠) والسيوطي في الدر المنثور (١٧٢/٤)

وأبو نعيم في حلية الأولياء (٢٥٠/٧) والترغيب والترهيب للمنذرى (٣١٥/٣) والعراقي في المغنى عن حمل الأسفار (٢١٩/٢) والطحاوي في مشكل الآثار (٢٧/٢) والعجلوني في كشف الخفا (١٣٥/٢) والبخاري في الأدب المفرد (١٦/١٣) والحاكم (١٥٣، ١٢٥/٤) وابن حجر في تلخيص الحبير (٩٠/٤) والمتقى في كنز العمال (٤٥٥٣٢)

والزبيدي في إتحاف (٣٢٢/٦) والحميدي في مسنده (٥٨٤) الحديث عن عبد الله بن عمر مرفوعاً. صححه الألباني في ابن ماجه.

وجاء الحديث عن عبد الله بن عمر مرفوعاً أيضاً بلفظ ففيهما فجاهد، أخرجه البخاري (٣٠٠٤) ومسلم (٢٥٤٩/٥) وأبو داود (٢٥٢٩) والنسائي (٣١٠٣) والترمذي (١٦٧١) وقال: حسن صحيح.

(٢) وكذا الحال في الجهاد وغيره من فروض الأعيان.

وأما الأب الكافر، فلا يجب استئذانه في الجهاد، لأنه يكرهه لا محالة^(١). وأما سائر الأسفار فيحتمل أن يلحق فيه بالأب المسلم. وفي إلحاق الأجداد والجدات بالوالدين، احتمال ظاهر.

(١) هذا في الأب الكافر الذي يكره الجهاد، فما هو الحكم في الأب المسلم الذي يكره الجهاد مع مراعاة أن الكره فطري مع الاعتراف بوجوبه وشرعيته، كما في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَّكُمْ﴾ والكره هنا ليست كراهة لأمر الله فإن ذلك كفر ككفر إبليس عليه لعنة الله، بل كراهة وقوع الضرر والمفسدة من جراء القتال والجهاد الذي يغلب على ظن بني البشر، ولكن الله رفع هذا الكد به بقوله في نفس الآية [البقرة: ٢١٦]: ﴿وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ، وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ، وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ نعم فهو علام الغيوب يعلم من خلق لذلك ورد في الأصول أن السبب، وهو أحد أقسام الحكم الشرعي الوضعي هو سبب مشروع يؤدي إلى تحقيق مصلحة معتبرة شرعاً بطريق الأصالة، وإن أدى إلى تحقيق المفسدة تبعاً، كالجهاد، والمصلحة هي إزالة الشرك والكفر والظلم وإعلاء كلمة الله احكام المشرع الحق العدل، والمفسدة هي قتل الرجال والولدان وهلاك الأموال، ولكن الشرك أكثر بقاءً. ومن ثم فإن فتنته على الرجال والولدان والأعراض وهلاك الأموال أكبر عند الله من القتل العارض. كما قال الله تعالى: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٩١] الآية، وقال الله تعالى: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ ولهذا أمر الله عباده المؤمنين لا عبيده العلمانيين بقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ وحذر المؤمنين من أن يخرج المرتدون بأنواعهم معهم فقال تعالى: ﴿لَوْ خَرَجُوا فِيكُمْ مَا زَادُوكُمْ إِلَّا خَبَالًا وَلَأَوْضَعُوا خِلَالَكُمْ يَبْغُونَكُمُ الْفِتْنَةَ وَفِيكُمْ سَمَّاعُونَ لَهُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِالظَّالِمِينَ﴾ [التوبة: ٤٧].

وفي مقابل السبب المشروع، السبب الغير مشروع وهو ما يؤدي إلى مفسدة أصلاً، وإن أدى إلى مصلحة تبعاً كترك النفقة والجهاد في سبيل الله لقوله تعالى: ﴿وَأَنْفَقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تَقْرُوا بِالْمَالِ كَغَرَسِ الْبَرْقِ﴾ الآية [البقرة: ١٩٥]. قال البخاري في صحيحه (٤٥١٦) عن حذيفة: قال نزلت في النفقة. وانظر تفسير قول حذيفة رضي الله عنه لابن حجر في فتح الباري (١٨٥/٨) وفيه من تفسير حديث أبي أيوب الأنصاري أن التهلكة هي عدم القيام بالنفقة، والجهاد. وروى ابن جرير وابن المنذر بإسناد صحيح عن مدرك بن عوف قال: «إنني لعند عمر فقلت: إن لي جاراً رمى بنفسه في الحرب فقاتل فقال ناس: ألقى بيده إلى التهلكة، فقال عمر كذبوا لكنه اشترى الآخرة بالدينار».

وعلى هذا فليس للأب أن يمنع ابنه بسبب هذا الكره الذي بين الله أنه خير لنا، وليس للابن أن يمتنع عن الجهاد، الكفائي لهذا السبب الغير مشروع، أما إن منع الأب لسبب آخر مشروع كخروج الأب مثلاً للجهاد فعلى الابن طاعته في عدم الخروج للخلافة، أو لرعايتهما، أو للإتفاق عليهما وغير ذلك مما ورد به دليل على طاعة الوالدين في عدم الخروج للجهاد.

أما إذا كره الأب المسلم الجهاد لنفس العلة التي يكره بها الكافر فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. والحديث في ذلك طويل ليس هنا موضعه. والله أعلم.

فرع: لو رَجَعَ الوالد وصاحبُ الدِّين عن الإذن، أو تجددَ دَيْنٌ، وبلغه الكتابُ، وهو في الطريق، لزمه الانصرافُ إنْ قدر. فإنْ كان الطريقُ مخوفًا، فالظاهر أنه يجب عليه الوقوفُ بقرية إنْ أمكن، إذ غرضُهم تركُ القتال. وإن بلغه الكتابُ وهو في أثناء القتال، لم يَجْزِ الانصرافُ إنْ كان يحصل به تخذيل ووهنٌ للمسلمين، وإن لم يكن فتلاثةُ أوجهٍ: أحدهما: الوجوب كما قبل الاشتغال. والثاني: أنه لا يجب؛ لأن فتح هذا الباب يشوش القتال. والثالث: أنه يتخير؛ لتعارض الأمرين.

وقد ذكر بعضُ الأصحاب أنَّ فرض الكفاية يتعينُ بالشروع كالجهاد، وبنوا عليه أنَّ مَنْ أنْسَ في التعلم رشدًا في نفسه لزمه الإمامُ؛ فإن صلاة الجنازة تتعينُ بالشروع. وقال القتال: لا تتعين صلاة الجنازة، وذلك في العلم أولى؛ لأنَّ كلَّ مسألة عبادة منفصلة عن الأخرى، والصلاةُ خصلةٌ واحدة، ولا يليق بأصل الشافعي، رضى الله عنه، تغييرُ الحكم بالشروع. هذا كله في قتالٍ هو فرضٌ كفايةً.

أما إذا تعيَّن؛ بأن وطء الكفار بلدةً من بلاد المسلمين، فيتعيَّن على كل من فيه مُنَّةٌ (١) من أهل تلك البلدة، أن يَئْتِل المجهود، ويحلَّ القيدَ عن العبيد، فلهم القتال، بل يجب عليهم ذلك، وكذلك على النسوة إن كان فيهنَّ مُنَّةٌ على حال.

وإن كان في الأحرار استقلال دون العبيد، ولكن تزداد بهم قوةٌ قلبية، ففي انحلال الحبس عن العبيد وجهان.

وكذلك لو حصل الكفاية بطائفة نهضوا وخرجوا، فهل يتعيَّن على الباقين المساعدة؟ فيه وجهان. ووجهُ إيجابه تعظيمُ هذا الأمر، وتفخيمُ الرعب والزجر.

ولو تهجموا، ولم يَتَّقَ لهم مهلة الاستعداد، فعلى كلِّ واحدٍ من المرأة والعبد والمرضى أن يَدْفَع بغاية الإمكان. فإن علم أنه لو كاوح يُقتل قطعًا، ولو استسلم أُسِرَ، وربما يَجِدُ خلاصًا؛ فليس عليه المكاوحة.

والمرأة إن علمت ذلك، ولكن تَعْلَم أنها تُقصد بالفاحشة، ففي وجوب المكاوحة وجهان: أحدهما: نعم حتى تُقتل؛ فإن الفاحشة لا تُباح بخوف القتل. والثاني: لا؛ لأن القتلَ معلومٌ، والفاحشة موهومة.

هذا في أهل الناحية ومن هو فيها دون مسافة القصر. أما مَنْ وراء ذلك فيتعين

(١) مُنَّة: القوة يقال: ليس لقلبه مُنَّة. جمع مُنَن. انظر: المعجم الوسيط (١٨٩/٢).

عليهم المساعدة إن لم يكن دونهم كفاية، وإن كان، ففيه وجهان مرتبان على أهل الناحية، وأولى أن لا يجب.

ولا يُشترط المركوبُ فيمن هو دون مسافة القصر. وفيمن وراءه، هل يُعذر لعدم المركوب؟، فيه وجهان: أحدهما: يُعذر؛ كما في الحج. والثاني: لا؛ لأن هذا أهم وأعظم.

فرع: استيلاؤهم على مَوَات دار الإسلام، هل يُنزَل منزلة دخولهم البلاد، فيه وجهان. ولا شك أن الأمر أهونُ فيه، إلا إذا خيف السراية.

ولو أسروا مسلماً أو مسلمين، فهل يتعين القتال كما لو استولوا على الديار؟ فيه خلاف. والظاهر أنه يتعين إذا أمكن إلا حيث يعسر التوغل في ديارهم ويحتاج إلى زيادة أهبة، فقد رخص فيه في نوع من التأخير، ولكن لا يجوز إهماله. هذا كله في الجهاد.

أما العلم، فمِنه فرضٌ عيني، وهو الذي لا بُدَّ منه في الصلاة والزكاة وغيرهما. وإن كان تاجراً، فيلزمه تعلُّم شروط المعاملة على الجملة دون الفروع النادرة كما ذكرناه في كتاب آداب الكسب^(١) من كتب إحياء علوم الدين. وقد فرقنا بين ما يجب على الأعيان وما يجب على الكفاية من العلم في كتاب العلم^(٢) من كتب الإحياء. وأما الأصول، فلا يتعين على شخص إلا اعتقاد صحيح في التوحيد وصفات الله تعالى. فإن اعتراه شكٌ تكلف إزالته، وليس عليه تعلُّم الكلام^(٣). ولا بد في كل قطر من

(١) إحياء علوم الدين (٢/٥٩: ٦٣).

(٢) إحياء علوم الدين (١/١٨: ٢٠).

(٣) علم الكلام المسمى بأصول الدين هو خلط من الفلسفة الجاهلية بالعقيدة الإسلامية صُنع من هذا الخلط ما سُمي في عصرنا هذا بالفلسفة الإسلامية، وهو أحد مباحث الفلسفة الجاهلية، المسمى بالميتافيزيقا: وهي تقوم بدراسة طبيعة الحقيقة النهائية، ويطلق عليها ما وراء الطبيعة، وتقوم بدراسة الطبيعة أو ما فوقها، أو بمعنى آخر دراسة الإلهيات فجاءت بمصطلحات مبتدعة مخالفة لطريقة الكتاب والسنة التي هي طريقة سلفنا الصالح كالجوهر، والعرض، والواجب، والجهة، وغير ذلك وقد تسبب هذا العلم في اضطهاد علماء السنة والجماعة ومحاربتهم وظهور أهل البدعة، وتسبب في إفساد كثير من العقول وإبعادها عن الكتاب والسنة بحجة إثبات وحدانية الله. يقول الأستاذ سيد قطب في كتابه خصائص التصور الإسلامي ومقوماته (ص ١٠١٠) فغاية علم الكلام: إثبات وحدانية الخالق وأنه لا شريك له ويظن المتكلمون أن هذا هو المراد بـ لا إله إلا الله بينما المراد منها غير ذلك، ثم إن علم الكلام يسعى لتحقيق المعرفة في الوقت الذي نجد فيه الطريقة القرآنية تهدف إلى الحركة من وراء المعرفة فتحول تلك المعرفة إلى قوة دافعة=

مُنْكَلَّمٌ مُشْتَغَلٌ بِإِمَاطَةِ الشُّبْهِ وَإِبْطَالِ الْبَدْعِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا تَفْصِيلَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ (الْاِقْتِصَادِ فِي الْاِعْتِقَادِ) وَفَنُ الْفَقِيهِ لَا يَحْتَمِلُ شَرْحَهُ.

وَأَمَّا السَّلَامُ، فَلَا بُدَّاءَ بِهِ سَنَةٌ مُسْتَحْبَةٌ عَلَى الْآحَادِ، وَسَنَةٌ عَلَى الْكُفَايَةِ مِنَ الْجَمْعِ. وَصِيغَتُهُ أَنْ يَقُولَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ، وَإِنْ كَانَ الْمُخَاطَبُ وَاحِدًا؛ تَعْمِيمًا لِلْمَلَائِكَةِ. وَالْجَوَابُ فَرَضٌ مُعَيَّنٌ عَلَى الْمُخَاطَبِ وَحْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُخَاطَبُ جَمْعًا فَفَرَضٌ عَلَى الْكُفَايَةِ عَلَيْهِمْ، وَلَا يَسْقُطُ الْحَرْجُ بِجَوَابِ غَيْرِهِمْ. وَصِيغَتُهُ أَنْ يَقُولَ: وَعَلَيْكُمْ السَّلَامُ، وَيَسْتَحِبُّ أَنْ يُزِيدَ: وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيْكُمْ لَمْ يَكُنْ جَوَابًا، وَلَوْ قَالَ: وَعَلَيْكُمْ فَقِيهِ وَجْهَانِ.

ثُمَّ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَلِّمَ عَلَى الْمُصَلِّي، وَالَّذِي يَقْضِي حَاجَتَهُ، وَفِي الْحَمَامِ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ الْأُجْنَبِيَّةِ، وَيَجُوزُ فِي الْمَسَاوِمَةِ وَالْمُعَامَلَةِ، وَيَجُوزُ عَلَى الْأَكْلِ إِذَا لَمْ تَكُنِ اللَّقْمَةُ فِي فِيهِ، فَيَعْسُرُ عَلَيْهِ الْجَوَابُ، أَوْ الصَّبْرُ إِلَى الْإِزْدِرَادِ، وَأَمَّا تَشْمِيتُ الْعَاطِسِ فَمُسْتَحَبٌّ، وَجَوَابُهُ غَيْرُ وَاجِبٍ، ثُمَّ هُوَ عَلَى الْكُفَايَةِ، وَذَكَرْنَا جَمْلَةً مِنْ آدَابِ السَّلَامِ وَالتَّشْمِيتِ فِي كِتَابِ آدَابِ الصَّحْبَةِ فَلْيُطَلَّبْ مِنْهُ.

الباب الثاني: في كيفية الجهاد

وَالنَّظَرُ فِي تَفْصِيلِ مَا يَجُوزُ أَنْ يُعَامَلَ الْإِسَاءُ بِهِ الْكُفَّارَ، إِمَّا فِي أَنْفُسِهِمْ: بِالْقَتْلِ وَالْقِتَالِ، أَوْ الْاِسْتِرْقَاقِ. وَإِمَّا فِي أَمْوَالِهِمْ: بِالْإِتْلَافِ وَالْاِغْتِنَامِ.

لِتَحْقِيقِ مَدْلُولِهَا فِي عَالَمِ الْوَاقِعِ وَتَسْتَحْيِشِ الضَّمِيرَ الْإِنْسَانِي لِيَحْقُقَ وَجُودَهُ فِي الْأَرْضِ حَسَبِ الْخُطَّةِ الَّتِي رَسَمَهَا لَهُ التَّنْصُورُ الرَّبَّانِيُّ، وَحَيْثُ تَرْجِعُ الْبَشَرِيَّةُ إِلَى رَبِّهَا وَتَحْيَا حَيَاةَ كَرَمَةٍ رَفِيعَةٍ تَتَّفَقُ مَعَ الْكِرَامَةِ الَّتِي كَتَبَهَا اللَّهُ لِلْإِنْسَانِ أَهْ بِتَصَرُّفٍ، وَلَقَدْ زَلَّتْ أَقْدَامُ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَاضُوا فِي هَذَا الْعِلْمِ وَقَالُوا مَا تَنْكَرُهُ الشَّرَائِعُ وَالْعُقُولُ، وَقَدْ بَيَّنَّا هَذَا بَعْدَ تَوْبَتِهِمْ وَنَدَمِهِمْ. قَالَ الشُّوْكَانِيُّ فِي الرِّسَالَةِ السَّلَفِيَّةِ: وَلَقَدْ تَعَجَّرَ بَعْضُ عُلَمَاءِ الْكَلَامِ مَا يَنْكَرُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الْأَعْلَامِ، فَأَقْسَمَ بِاللَّهِ إِنْ اللَّهُ لَا يَعْلَمُ مِنْ نَفْسِهِ غَيْرَ مَا يَعْلَمُهُ هَذَا الْمُتَعَجَّرُ. فَيَا لِهَذَا الْإِقْدَامِ الْفَظِيعِ: وَالتَّجَارُّلِ الشَّنِيعِ، وَأَنَا أَقْسَمُ بِاللَّهِ أَنَّهُ قَدْ حَنَثَ فِي قَسْمِهِ وَبَاءَ بِإِثْمِهِ وَخَالَفَ قَوْلَ مَنْ أَقْسَمَ بِهِ فِي مُحْكَمِ كِتَابِهِ ﴿وَلَا يَحِيطُونَ بِهِ عِلْمًا﴾، ثُمَّ قَالَ الشُّوْكَانِيُّ بَعْدَ كَلَامِهِ: وَمِنْ أَعْظَمِ الْأَدْلَةِ الدَّالَّةِ عَلَى خَطَرِ النَّظَرِ فِي كَثِيرٍ مِنْ مَسَائِلِ الْكَلَامِ أَنْكَ لَا تَرَى رَجُلًا أَفْرَغَ فِيهِ وَسْعَهُ وَطَوَّلَ فِي تَحْقِيقِهِ بَاعَهُ إِلَّا رَأَيْتَهُ عِنْدَ بُلُوغِ النِّهَايَةِ وَالْوَصُولِ إِلَى مَا هُوَ فِيهِ مِنَ الْغَايَةِ يَقْرَعُ عَلَى مَا أَنْفَقَ فِي تَحْصِيلِهِ مِنَ النَّدَامَةِ وَيَرْجِعُ عَلَى نَفْسِهِ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ بِالْمَلَامَةِ وَيَتَمَنَّى دِينَ الْعَجَّازِ وَيَفِرُّ مِنْ تِلْكَ الْهَزَازِ، كَمَا وَقَعَ مِنْ الْجَوْنِيِّ وَالرَّازِيِّ وَابْنِ أَبِي حَدِيدٍ وَالسَّهْرُورِيِّ وَالْغَزَالِيِّ وَأَمْثَالِهِمْ مِمَّنْ لَا يَأْتِي عَلَيْهِ الْحَصَرُ فَإِنْ كَلِمَاتِهِمْ نَظْمًا وَنَثْرًا فِي النَّدَامَةِ عَلَى مَا جَنُّوا بِهِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ مَدُونَةٌ فِي مَوْلاَتِ الثَّقَاتِ، ١. هـ.

النظر الأول: في معاملاتهم بالقتل

وفيه مسائل: الأولى: فيمن تجوز الاستعانة به في القتال. والأصل فيه الأحرار المسلمون البالغون. ولكن يجوز للإمام الاستعانة بالعييد إذا أذن السادة، وبالمراهقين إذا كان فيهم ثمة، وبالمشركين إذا أمِنَ غائلتهم، أو علم أنهم لو تحيَّزوا إلى الكفار لم يَعْجز الإمام عن جَمْعهم، وقد استعان رسولُ الله ﷺ باليهود في بعض الغزوات^(١).

وأما المخدِّل الذي يُضعف القلوب ويُكثِّر الأراجيف فيُخْرِج عن الصف إذا حضر؛ فإن شره عظيم، ولا يستحق السهم والرَّضخ^(٢) وإن حضر، وهو أقلُّ ما يُعاقبُ به.

وأما الذمى إذا حضر من غير إذن الإمام، ففي استحقاقه الرَّضخ خلاف؛ لأنه من أهل نصرة الدار إذ هو يَسْتوطن بها. وإن حضر بَعْد النهي، لم يستحق.

(١) روى هذا من حديث الزهري «أن النبي ﷺ استعان بناس من اليهود في خبير في حربه فأسهم لهم». قال صاحب متقى الأخبار رواه أبو داود في مراسيله. وقال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٢٤/٧) حديث الزهري أخرجه أيضاً الترمذى - (١٠٨/٤) مراسلاً والزهري مراسيله ضعيفة. ورواه الشافعى فقال: أخبرنا يوسف حدثنا حسن بن عمار عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال: «استعان النبي ﷺ» فذكر مثله وقال ولم يسهم لهم. قال البيهقى لم أحده إلا من طريق الحسن بن عمار وهو ضعيف والصحيح ما أخبرنا الحافظ أبو عبد الله فساق بسنده عن أبي حميد الساعدي قال: «خرج رسول الله ﷺ حتى إذا خلف ثنية الوداع إذا كتيبة قال من هؤلاء، قالوا بنو قينقاع: رهط عبد الله بن سلام قال: أو تسلموا قالوا لا فأمرهم أن يرجعوا وقال إننا لا نستعين بالمشركين فأسلموا» أ. هـ.

وأخرجه ابن أبى شيبة (٣٩٤/١٢) وابن سعد في طبقاته (٨٦/٢/٣/٤/١/٢) والألبانى في السلسلة الصحيحة (١١٠١)، (٩٣/٩٢/٣). قال الشوكاني: وحديث عائشة فيه دليل على أنه لا تجوز الاستعانة بالكافر وكذلك حديث حبيب بن عبد الرحمن ويعارضهما في الظاهر حديث ذى مخبر وحديث الزهري المذكوران وقد جمع بأوجه منها: ما ذكره البيهقى عن نص الشافعى أن النبي ﷺ تفرس الرغبة في الذين ردهم فردهم رجاء أن يسلموا فصدق الله ظنه. وفيه نظر لأن قوله لا أستعين بمشرك نكرة في سياق النفي تفيد العموم. ومنها أن الأمر في ذلك إلى رأى الإمام، وهو قول المصنف، وفيه النظر للذكور بعينه. ومنها أن الاستعانة كانت مموعة ثم رخص فيها. قال الحافظ في التلخيص وهذا أقربها وعليه نص الشافعى؛ وإلى عدم جواز الاستعانة بالمشركين ذهب جماعة من العلماء وهو مروي عن الشافعى انظر تحقيق ذلك في نيل الأوطار (٢٢٣: ٢٢٥/٧)، تلخيص الخبير لابن حجر (١١/٤) وانظر حديث عائشة مرفوعاً في صحيح مسلم (الجهاد ١٥٠) والطحاوى في مشكل الآثار (٢٣٧، ٢٣٦/٣) وكنز العمال (١١٢٩٣) والزبيدي (١٠٠/٧).

(٢) الرِّضخ: العطية القليلة - الرضاخة العطية القليلة، والرضخ: الشيء اليسير، وأرضخ له: أعطاه قليلاً من كثير. انظر للعجم الوسيط (٣٥٠/١) والمصباح المنير (٣٥٠/١).

المسألة الثانية: فيمن يُستأجر: والمذهب أن استئجارَ المسلم باطلًا؛ لأن الجهاد يَقَعُ عن فرضه، فكيف يأخذ الأجرة وهو كالضرورة؟ ولا يُستأجر على الحج.

هذا في حق الآحاد. أما السلطان إن رأى أن يُستأجر، قال الصيدلاني: يجوز. وقد خولف فيه، والصحيح: أن ذلك جائز في معرض الإعانة في الأهبة والزاد لطريق. وقد قال: «لو أخرجهم إلى الجهاد قهراً لم يستحقوا أجرة المثل على الإمام». وزاد فقال: «لو عين الإمام شخصاً لغسل ميت ودفنه، لم يستحق الأجرة». وما ذكره في الجهاد صحيح، وإنما يصح في اللغن إذا لم تكن تركة ولا في بيت المال مُتَّسَعٌ. فعند ذلك يصير من فروض الكفايات.

أما استئجارُ العبد فجائزٌ إن قلنا: لا يجب عليهم القتال إذا وطء الكفار بلادَ الإسلام. وإن قلنا: يجب، فقد ثبتت لهم أهلية القتال، فيقع عنهم.

وأما استئجارُ الذمي فجائزٌ، ولكنه جعالةٌ أو إجارةٌ؟ فيه خلاف؛ لِمَا في أعمال القتال من الجهالة، لكن الصحيح أنا نَحْتَمِلُ في معاملات الكفار - لمصالح القتال - ما لا نَحْتَمِلُ في غيره كما سيأتي في مسألة القلعة.

ولو جعلناه جعالةً للزم تحويزُ الانصرافِ من الطريق مهما شاء، وهو بعيدٌ. ثم في جواز استئجارهم لآحاد المسلمين خلافٌ كما في الأذان.

فرع: إذا خرج أهلُ الذمة إلى الجهاد قهراً استحقوا أجرة المثل من رأس الغنيمة على رأى، ومن بيت المال على رأى. فإن خرجوا ولم يقفوا في الصف، فلهم أجرة الذهاب، ولو خلى سبيلهم قبل الوقوف لم يستحقوا أجرة مدة الرجوع لتعطيل المنافع؛ لأنهم على خيرتهم، فيترددون كما شاءوا. ولو وقفوا ولم يقاتلوا فوجهان: أحدهما: أنهم يستحقون أجرة القتال كما يستحق المسلم السهم. والثاني: أنهم لا يستحقون إلا منفعة مدة الوقوف والاحتباس إن قلنا: إن حبس الحرُّ يُوجبُ ضماناً منافعِهِ.

المسألة الثالثة: فيمن يَمْتَنِعُ قَتْلُهُ: كالقريب، والصبي، والمرأة، والراهب، والعسيف^(١).

أما القريب، فَقَتْلُهُ مَنْهِيٌّ عنه؛ لقطيعة الرحم، وإذا اتضمت المحرمية إلى الرحم كان أكذب؛ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ حذيفةً وأبا بكر، رضى الله عنهما، عن قتل أبييهما^(٢).

(١) سبق تعريف العسيف: وهو الأجير.

(٢) هذا النهي غير صحيح، قال ابن حجر: «تقطن الرافعي لما وقع للفرزلي في «الوسيط» من الوهم في قوله «نهى رسول الله ﷺ حذيفةً وأبا بكر عن قتل أبييهما» وهو وهم شنيع تعقبه ابن الصلاح والنووي. قال النووي: ولا يخفى هذا على من عنده أدنى علم من القتل. أى: لأن»

وأما الصبيان والنسوان فلا يُقتلون؛ لمصلحة الاسترقاق، ولأنهم أيضاً ليسوا أهل القتال. وكذلك لا يجوز أن تُرشق المرأة بالنشاب إذا عجز عن استرقاقها.

ومهما شك في البلوغ، كشف عن المؤنزر، وعول على نبات شعر العانة. فلو قال: استعجلته بالدواء، فإن قلنا: إنه عيّن البلوغ؛ فلا يُقتل. وإن قلنا: إنه علامة، صدق مع اليمين.

ولا يُعول على اخضرار الشارب، ويُعول على ما خشن من شعر الإبط والوجه. وأما الراهب، والعسيف، والخارف المشغول بحرفته، والزمن، والشيخ الضعيف الذي لا رأى له ففيهم قولان: أحدهما: أنهم يقتلون؛ لأنهم من جنس أهل القتال. والثاني: لا؛ لأن رسول الله ﷺ بعث إلى خالد، رضى الله عنه، وقال: «لا تقتل عسيفاً ولا امرأة»^(١).

وأما الشيخ ذو الرأي فيقتل إذا حضر، وإن لم يحضر ففيه نظر، والظاهر قتله.

والشيخ الأعرج^(٢) إذا حضر، فالظاهر أنه يُقتل، ويحتمل طرد القولين.

فإن قلنا: لا يُقتلون، ففي إرقاقهم ثلاثة أوجه: أحدها: أنهم كالتسوية يرقون بنفس الأسر. والثاني: أن للإمام أن يرقهم إن شاء، ولا يرقون بنفس الأسر. والثالث: أنه يمتنع استرقاقهم. وهذا في غاية الضعف.

وعلى هذا في استرقاق نسائهم وذرائعهم ثلاثة أوجه، تُسترق في الثالث نساؤهم دون ذرائعهم؛ لأنهم كأجرائهم. وأجري في سبب أموالهم الخلاف، وهو تفريع على بعيد. ومنهم من ألحق السوق بالعسفاء في منع القتل أيضاً.

المسألة الرابعة: يجوز نصب المنجنيق وإضرام النار، وإرسال الماء على قلاع الكفار،

=والد حذيفة كان مسلماً، ووالد أبي بكر لم يشهد بدرًا، انظر التلخيص الجبير (١١٣/٤) وذكر ابن القيم في زاد المعاد (١٤٠/٢، ١٤١) أن أبا حذيفة قتل خطأ يوم أحد ظناً من المسلمين أنه من المشركين قال: ونظر حذيفة إلى أبيه والمسلمون يريدون قتله وهم يظنون أنه من المشركين فقال أي عباد الله أبي قلم يفهموا قوله حتى قتلوه فقال يغفر الله لكم فأراد رسول الله ﷺ أن يديه فقال قد تصدقت بديته على المسلمين فزاد ذلك حذيفة خيراً عند النبي ﷺ.

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه التبريزي في مشكاة المصابيح (٣٩٥٥) وأبو داود (الجهاد ٥٠/٢) وأحمد (٣٨٨/٣) والطبراني (١٢/٤) والزبيعي في نصب الراية (٣٨٨/٣٨٧/٣) والمتقى في كنز العمال (٩٣٨٢، ١٠٢٤٢، ١١٤٣٤) وابن كثير في البداية والنهاية (٣٣٧/٤). عن رباح ابن ربيع مرفوعاً. وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه (١٣٧/٢)، والحاكم (١٢٢/٢) وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.

(٢) أي الأحق انظر القاموس المحيط (١١٣٥).

وإن علمنا أنه يتناول النساء والذرائع؛ لأن ذلك ليس قصداً إلى عينهم، ولأنهم منهم، وإنما الكف لنوع مصلحة.

أما إذا تَرَسَّ كافرٌ بصبيٍّ أو امرأةٍ؛ فإن كان يُقاتل لم يُبَالِ بقصده وإن أصاب تَرَسَّهُ، وإن كان دافعاً فقولان: أحدهما: جواز قصد الترس كما في القلعة. والثاني: لا؛ لأن هذا قصدٌ عينه. ومنهم من قال: القولان في الكراهية ولا تحريم.

ولو تَرَسَّوا بهم في القلعة: منهم من قال: يقصد الترس وإن أمكننا فتح القلعة بغير ذلك؛ زجراً لهم عن هذه الحيلة. ومنهم من قال: إن عجزنا عن القلعة إلا بقتلهم ففي جوازه أيضاً قولان؛ إذ نحن في غَنِيَّةٍ من أصل القلعة.

أما إذا كان في القلعة مسلمٌ، فلا تُضرم النار ولا يُنصب المنجنيق إذا علمنا أنه يصيبه. وإن كان موهوماً فقولان: أحدهما: المنع؛ إذ زوال الدنيا أهونٌ عند الله من سَفْكِ دم مسلم، وربما أصيبناه. والثاني: الجواز؛ لأنه موهوم، والقلاع قلماً تخلو عن الأسارى، فلا يمكن تحصينهم عن القتال بأن يُنْسِكُوا في كل قلعة مسلماً.

إما إذا تَرَسَّ كافرٌ بمسلم، فلا يجوز قَصْدُ التَرَسِّ وإن خاف القاصدُ على نفسه؛ لأن غايته أن يُجْعَلَ كالإكراه، وذلك لا يُبيح القتل.

فإن قتل الترس، ففي وجوب القصاص قولان كما في المكره، ومنهم من قطع بالوجوب وجَعَلَهُ كالمضطر في المخصصة.

أما إذا تَرَسَّ الكفار في صف القتال بطائفةٍ من الأسارى ولو تركناهم لانهزم المسلمون وعلت رايتهم: فمنهم من جَوَّز قَصْدَهُمْ؛ لأنهم سيقتلون من المسلمين أكثر منهم، والجزئيات مُحْتَفَرَةٌ بالإضافة إلى الكليات. ومنهم من منع وقال: ذلك موهومٌ فلا يُقَدَّم بسببه على سَفْكِ دم المسلم.

المسألة الخامسة: في الهزيمة: وهي محرمة بعد التقاء الصنفين إلا بشرطين: أحدهما: زيادة عدد الكفار على الضَّعْف. والثاني: التحيز إلى فئة أخرى.

والصحيح أنه لا يجوز لمائة من الأبطال أن يَغْرُوا من مائتين من الضعفاء وواحد، وإنما يُرْعَى العدد عند تقارب الصفات. ومنهم من قال: اتباع الصفات يَعْشُر، فِيرْعَى صورة العدد. وكذلك الخلاف في فرار عشرين من ضعفاء المسلمين عن تسعة وثلاثين من أبطال الكفار. ولا شك في أنهم لو قطعوا بأنهم يُقتلون لو وقفوا من غير نكايه منهم في الكفار: وَجَبَ الهربُ إِذِ الدُّلُ في الوقوف أكثر إذا كان لا يُرْجَى فلاحٌ بحال.

وكذلك إذا لم يكن مع المسلمين سلاحٌ جاز الهربُ. وإن كان يمكن الرمي بالحجارة ففى وجوب الهرب خلاف.

وإن علموا أنهم مغلوبون قطعاً، ولكن بعد نكايَةٍ مَّا، ففى جواز المصابرة وجهان. وأما التحيزُ إلى فئة أخرى، فهو مباح، وإن كان تركه للقتال وانهزامه فى الحال ينجر بعزمه على الاتصال بفئة أخرى، فأكثرُ المحققين على أن تلك الفئة وإن كانت على مسافة شاسعة جاز؛ لعموم الآية، ولأنَّ هذا أمرٌ بينه وبين الله تعالى، ولا يمكن مخادعة الله تعالى فى العزائم، فإذا ظهرت له تلك العزيمة جاز التوجه إليهم. ومنهم من قال: لا بد من فئة يُتصور الاستنحادُ بهم فى هذا القتال وإتمامه، ولا يمكن ذلك إلا بمسافة قريبة.

وعلى الوجه الأول، هل يجب عليه تحقيق عزمه بالقتال مع الفئة الأخرى؟ الظاهر أنه لا يجب؛ لأن العزم قد رخص، فإن زال العزم بعده فلا حرج؛ إذ الجهاد لا يجب قضاؤه، بل الصحيح أنه لا يلزم بالنذر، فكيف يلزمه القضاء؟ والمنهزم عاصٍ ليس عليه إلا الإثم. وإن اعتبرنا الفئة القريبة، فإذا لم تكن وجبت المصابرة؛ إذ تعذر التحيز، وحيث يجوز التحيز إنما يجوز إذا لم يدخل بسببه كسرٌ على المسلمين وقوة على الكفار، فإن أدى إلى ذلك فهو ممتنع.

والتحيز إلى الفئة البعيدة قبل حيازة المغنم لا يشترك فى المغنم. وفى التحيز إلى فئة قريبة وجهان.

المسألة السادسة: تجوز المبارزة بإذن الإمام، وفائدته صحة أمانه لقرنه. فإن استقل دون الإذن ففى جواز أمانه للقرن ونفوذه وجهان. وفى جواز أصل الاستقلال بالمبارزة أيضاً وجهان؛ إذ قد يكون للإمام رأى فى تعيين الأبطال.

وفى جواز حمل الغزاة وعوس الكفار إلى بلاد الإسلام خلاف؛ منهم من قال: هو مكروه؛ إذ لا فائدة فيه إلا أن يكون نكايَةً فى قلب الكفار فلا يُكره.

المسألة السابعة: ينتهى جواز قتل الكافر بإسلامه، وتحصل به عصمته وعصمة ماله وأولاده الصغار دون الكبار، فإنهم يستقلون بالإسلام.

وينتهى أيضاً ببذل الجزية، ويمتنع بسببه استرقاقُ زوجته وبنته البالغة؛ لأن الإناث لا يستقلن بالجزية، ويستقلن بالإسلام. وفى استرقاق زوجة المسلم إذا كانت حربية وجهان. ولا يمتنع منه كونها حاملاً بولدٍ مسلم، لكن الرق لا يسرى. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا تُسرق.

التصرف الثاني: في رقابهم بالاسترقاق

وهو جائز كالاغتنام، ولكن النظر في العلائق المانعة وهي: النكاح، والولاء، والدين. أما النكاح، فمنكوحة الحرى تُسرقُ وينقطع نكاحه، وسواء سُبِتَ معه أو مفردة، بل لو سُبِيَ الزوجُ انقطع عندنا نكاحه خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

وكذلك الحرية إذا كانت منكوحة ذمي، فإن كانت منكوحة مسيحي، ففي جواز الاسترقاق وجهان: أحدهما: لا؛ لأن نكاح المسلم كالأمان لها، فترعى حرمة إسلامه. والثاني: نعم؛ لأن النكاح مؤبد، ولا عهد لنا بأمان مؤبد.

وعلى هذا، ينقطع نكاح المسلم حتى لا تبقى أمة كتابية في نكاح مسلم، فإن ذلك يُمتنع ابتداءً لا كدار حربى استأجرها مسلم، فإنه تملك بالاغتنام ولا تُفسخ الإجارة؛ إذ لا عُسرَ فيه. وذكر فيه وجه غريب: أن النكاح لا ينقطع، وأن ذلك يُحتمل في الدوام، وهذا إن أُريدَ به أنه يتوقف إلى إسلامها قبل انقضاء العدة، فله وجه مآ، وإلا فلا وجه له.

أما إذا سُبِنَا زوجين رقيقين مسلمين - أو كافرين - لأهل الحرب، ففي انقطاع نكاحهما وجهان: أحدهما: لا؛ لأن هذا كالشراء، فإنه تبدلُ ملك لا ابتداءً رِق. والثاني: أنه ينقطع؛ لأن ملك السبي مبتدأ غير مبنئ على ملك الكافر.

أما علة الولاء: فإن ثبتت لمسلم، بأن أعْتَقَ عبداً كافراً، فالتحق بدار الحرب، فالمذهب أنه لا يُسرق لعلقة ولاء المسلم، فإنه لا يقبل الفسخ، بخلاف نكاح المسلم، إذ فيه وجهان.

أما زوجة الذمي فتسبي، وفي معتقه وجهان، وفي معتق المسلم أيضاً وجه غريب أنه يسبي.

أما علة الدين: فالمسيبي إذا كان عليه دينٌ لمسلم أو لذمي، فيسرق، ويبقى الدين في ذمته يُتبع به إذا عتق إن لم يبقَ له مال، فإن كان له مال لكن اغتيم قبل إرقاقه، فكأنه لا مال له، وإن اغتتم بعد إرقاقه فإنه يؤدى الدين منه وينزل الرق منزلة الحجر بالفلس، ويتعلق به حق الغرماء، ولذلك ينقذح المصير إلى حلول الدين برقه على أحد الوجهين كما في الفلس، بل الرق بالموت أشبه من الفلس.

وإن سُبِيَ معه ماله، فلا يقضى الدين من المال؛ لأنه يملك ماله بمجرد المسيبي، ولا يرق إلا بصرف الرق بعده.

أما المرأة؛ إذا كان عليها دينٌ فسُئِلت مع مالها، قُتِمَ حقُّ الغانمين؛ لأن سببَ الملك أقوى من سبب تعلق الدين بالمال، ويحتمل أن يُقدَّم الدين، ويُشَبَّه بملك الوارث إذ يُقدَّم حق الدين عليه، وإن كان حلول الدين والوراثة يحصل معاً بالموت. هذا إذا استُرِقَ مَنْ عليه الدين. أما إذا استُرِقَ مَنْ له الدين فلا تبرا ذمة مَنْ عليه الدين، بل هو كودائع الحربى المُسبى، وسيأتى.

أما إذا ما استقرض حربى من حربى شيئاً، أو التزم ديناً بمعاملة، ثم أسلما، أو قبلا الجزية أو الأمان، فالاستحقاق مستمر، وكذلك يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن المهر حمراً أو خنزيراً. ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الذمة، فالنص أن اللزوم قائم، ونص على أن الحربى إذا ماتت زوجته، فدخل دارنا، فجاء ورثتها يطالبون مهرها، فليس لهم ذلك، فقولان، بالنقل والتخريج، ووجه السقوط: بُعد طلب الحربى المال من مسلم أو ذمى فى دارنا. وهذا ضعيف؛ إذ قطعوا بأن رقَّ مَنْ عليه الدين لا يُسقط دين الحربى وهو أمان، وأنهما إن أسلما على التعاقب، استمرَّ الطلب، ولو برئت الذمة بإسلام مَنْ عليه الدين لما عاذ الطلب، فلعلَّ الشافعى، رضى الله عنه، أراد ما إذا كان الدين حمراً أو خنزيراً.

أما إذا كان قد أتلف الحربى على الحربى مالاً، أو قهره وأخذ ماله، فلا ضمان عليه إذا أسلم أو قبل الجزية، وإنما اللزوم بحكم التراضى، وإتلاف مال الحربى لا يزيد على إتلاف مال المسلم، ولا ضمان له بعد الإسلام. وفيه وجه: أنه يبقى الضمان؛ لأن ذلك مُلتزم فيما بينهم بشرعهم كما فى معاملتهم، بخلاف مال المسلم.

فروع: إذا سبى الوالدة وولدها الصغير، فلا يُفرَّق بينهما فى القسمة والبيع؛ لقوله ﷺ: «لا توكَّه والدته بولدها»^(١). والجدَّة - عند عدم الأم - فى معناها. ولو بيع مع الجدة عند وجود الأم، فهل يسقط التحريم به؟ فيه قولان. ولا خلاف أنه يُباع مع الأم دون الجدة.

والأب هل يُلحق بالأم فى تحريم التفريق؟ فيه قولان. فإن ألحقناه، فهل يُعدَّى إلى سائر المحارم؟ قولان. وأما حكم صحة البيع وتفاريعه فذكرناه فى كتاب (البيع).

التصرف الثالث: فى أموالهم بالإهلاك

وكل ما يُمكن اغتنامه لا يجوز إهلاكه. ويجوز إحراق أشجارهم إذا رأى الإمام ذلك

(١) الحديث أخرجه: البيهقى (٤/٨) والمتقى الهندى فى كنز العمال (٢٣/١٤٠٢٣/٢٥٠٢٣) وانزيلعى فى نصب الراية (٣/٢٦٦، ٢٦٩) والبخارى فى التاريخ الكبير (٦/٤٧٧) وابن عدى فى الكامل للضعفاء (٦/٢٤١٢).

نكاية فيهم^(١). فإن توقعنا على القرب أن نصير للمسلمين لم يَجْزُ، والمتبع فيه المصلحة. والمقصود أن لا حُرْمَة للأشجار، بخلاف البيهائم، فإنه لا يجوز قتلها غيظاً لهم إلا قتل فرس المقاتل وهو عليه.

وتتلف كتبهم المشتملة على الكفر وما لا يجوز الانتفاع به. وفي جواز استصحابه يُستعان به على معرفة تفاصيل مذاهبهم: تردّد.

وأما كلب الصيد في الغنمة فلا يدخل في القسمة؛ إذ لا ملك فيه، لكن يُخصّص الإمام به من أراد.

التصرف الرابع: في أموالهم بالاغتنام

والغنمة: كل ما أخذه الفئة المجاهدة من أعداء الله تعالى على سبيل القهر والغلبة. وأموال دار الحرب خمسة أقسام: أحدها: ما ذكرناه.

والثاني: ما ينجلى عنه الكفار بالرغب من غير قتال، وهو فئ، وفي معناه كل مال وصل إلى المسلمين منهم بغير قتال.

والثالث: ما يستبد به آحاد المسلمين بسرقة واختلاس، فهو لهم ولا يُخمس شيء منه.

والرابع: صيد دار الحرب وحشيشه، فهو كمباح في دار الإسلام. والخامس: اللقطة، وهي لأخذها إن لم يتوهم كونها لمسلم، فإن توهم فلا بد من التعريف. ثم الغنمة لها أحكام.

الأول: جواز التبسط في الأطعمة ما داموا في دار الحرب، وذلك رخصة، ثبتت شرعاً في الأطعمة خاصة. قال ابن أبي أوفى: «كنا نأخذ من طعام المغنم ما نشاء»^(٢).

(١) هذا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ حرق نخل بني الضير» أخرجه البخاري (ح ٤٠٣١، ٤٠٣٢) ومسلم (٢٩، ٣٠/١٧٤٦) والترمذي (٣٣٠٢) والطبراني (٣٤/١٢) والبيهقي في دلائل النبوة (٣/١٨٤، ١٨٥) والسيوطي في الدر المنثور (٦/٢٧٨) وزاد نسبه إلى سعيد بن منصور، وعبد بن حميد، وابن مردويه، وابن المنذر.

(٢) حديث عبد الله بن أبي أوفى قال: «أصبنا طعاماً يوم خيبر، وكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق» قال الشوكاني: أخرجه الحاكم والبيهقي وصححه الحاكم وابن الجارود، وأخرجه أيضاً الطبراني من حديثه بلفظ «لم يخمس الطعام يوم خيبر» انظر نيل الأوطار (٢٩٤، ٢٩٥) وفي الباب عن ابن عمر قال: «كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه» أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢/٢٠) والبخاري في صحيحه (٣١٥٤).

والنظر في جنس المأخوذ، وقدره، ومحلّه، ووجه التصرف.

أما الجنس: فهو كل قوت أو ما يكمل به القوت، كاللحم، ومنه التبن والشعير للدواب. أما السكر والفانيذ^(١) والعقاقير: فلا، لأن الحاجة إليها نادرة كالثياب. وأما الفواكه الرطبة ففيها وجهان، وكذلك الشحم إذا أخذ لتوقيع الدواب، فإنه أخذ لا لتطعم، لكن الحاجة إلى التوقيع تكثر.

وأما الحيوانات فلا تبسط فيها، إلا الغنم فتذبح إن تعذر سوقه، وإذا ذبح فهو طعام، وقد أحقه الشرع في اللقطة بالطعام. وقال العراقيون: يُذبح الغنم وإن تبسّر السوق، ولكن هل يغرم من ذبحها وأكل منها؟، فيه وجهان.

أما جلود الأغنام فمردودة إلى المغنم إلا ما يؤكل على الرعوس. أما القدر المأخوذ: فهو بقدر الحاجة، ولا يشترط أن يأخذه من لا طعام معه؛ إذ وردت الرخصة من غير تفصيل، لكن له سد حاجته بطعام المغنم.

ولو قلّمه إلى من لا يشترك في المغنم كان كتقديم الطعام المغصوب إلى أجنبي. ولو أخذ ما ظن أنه قدر حاجته، فدخل دار الإسلام، وبقي منه ماله قيمة: ردّ على المغنم. وإن كان نزرًا فقولان. وقد أطلق الأصحاب القولين من غير تفصيل بين القليل والكثير. ولو لحق مدد- قبل دخول الإسلام وبعد الاغتنام- ففي جواز التبسط لهم وجهان.

أما محل التبسط: فما داموا في دار الحرب إذ لا يُنظر فيها بالأسواق غالبًا. فإن وُجد سوق في دار الحرب، أو دخلوا أطراف دار الإسلام ولم يجدوا سوقًا فوجهان، يُنظر في أحدهما إلى الحاجة، وفي الثاني إلى ضبط مظنة الحاجة بالدار، فإن ذلك لا ينضبط، ودار الحرب عندنا في الأحكام كدار الإسلام، وإنما هذا لأجل الحاجة.

أما جنس التصرف: فهو كالأكل وعلف الدواب فقط في حق الغنائم، وإن أضاف أجنبيًا كان كتقديم المغصوب إلى الضيف في وجوب الضمان وقراره، فإن أتلف الطعام ضمن؛ إذ لا حاجة إليه فليتلفه على وجه الرخصة.

فرع: لو أخذ طعامًا، ثم أقرضه واحدًا من الغنائم، فالصحيح أنه كمنأولة الضيفان بعضهم بعضًا، وكان المستقرض هو الآخذ، فلا يطالب برده. وفيه وجه: أنه قد اختص به أولاً، فيصح هذا القرض حتى يطالبه بمثله من طعام المغنم ما داموا في دار الحرب، فإن لم يجد من طعام المغنم شيئًا فلا طلب؛ إذ مجرد اليد لا تقابل بالملك، كمنحو اليد في الكلب.

(١) سبق تعريف الفانيذ. وهو نوع من الحلوى. القاموس المحيط (ص ٤٢٩).

ولو باع صاعاً بصاعٍ من طعام المغنم، فلا حكم له، بل هو كالإقراض حتى لو باع بصاعين لم يطالب إلا بصاع واحد إن صححنا القرض.

الحكم الثاني للغنيمة سقوط الحق بالإعراض: ومن أعرض عن الغنيمة بعد إعراضه؛ لأن مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله تعالى فيقدر المعرض كأنه لم يكن.

ونشأ من هذا الخلاف في الغنيمة، متى تملك؟ وفيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنها تملك بالقسمة؛ بدليل جواز الإعراض. والثاني: أنها بالاستيلاء تصير ملكاً للغنائين، لكن على ضعف، كالملك في مدة الخيار؛ بدليل أن من مات من الغنائين قام وارثه مقامه. والثالث: أنه موقوف، فإن أعرض، بأن أنه جرد قصده نحو إعلاء كلمة الله تعالى فلم يملك، وإن قسم بأن أنه ملك أولاً.

وعلى هذا ترددوا في أن من قال: اخترت القسمة، ثم أعرض بعده، فهل ينفذ إعراضه؟ فمنهم من قال: الإعراض جائز بعد ذلك ما لم تقسم. والصحيح أنه يصح الإعراض بعد إفراز الخمس إذا لم تقسم بين الغنائين. وقال ابن سريج: لا يصح.

والنظر الآن في: المعرض، والمعرض عنه:

أما المعرض، فلو أعرض جميع الغنائين ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا ينفذ؛ إذ لا يقضى مصرف. والثاني: أنه يصح ويرجع إلى مصرف الخمس.

ولو أعرض جميع ذوى القربى عن حقهم، ففي صحته وجهان، ووجه المنع: أنهم لم يستحقوا بالجهاد حتى يقال: لم يقصد الغنيمة، بل بالقراءة. والغنم المفلس، إذا أحاطت به الديون نفذ إعراضه.

ولا ينفذ إعراض السفیه ولا إعراض الصبي عن الرضخ إلا أن يبلغ قبل القسمة، ولا يصح إعراض وليه عن حقه.

ولا يصح إعراض العبد عن رضخه، ولكن يصح إعراض سيده.

وأما المعرض عنه: فهو الغنيمة، والرضخ، وحق ذوى القربى؛ والسلب^(١). وقد ذكرنا جميع ذلك إلا السلب، وفيه وجهان، لأن السلب متعين، فأشبهه الوارث. ومرتّب على أقوال الملك مسائل:

(١) السلب: ما يسلب - يقال: أخذ سلب القتيل: ما معه من ثياب وسلاح ودابة. وسلب الشيء - سلباً: انتزعه قهراً، وسلب قلاتاً: أخذ سلبه، وجرده من ثيابه وسلاحه. وسلب الشجر والنبات، قشره أو جرده من ورقه وثمره. انظر المعجم الوسيط (١/٤٤٠، ٤٤١).

الأولى: أنه لو سرق واحدٌ شيئاً من مال المغنم، فهو كالمشترك فحيث وجب القطعُ في المشترك فيها هنا وجهان، إذ كل واحدٍ يمكن أن يستحق بإعراض الآخر.

الثانية: لو وقع في المغنم مَنْ يُعتق على بعض الغائين، فالنصُّ أنه لا تُعتق حصته ما لم يقع في قسمته، ولا يمنع ذلك عن الإعراض إن أراد. ونصٌّ على أنه لو استولد جاريةً ثبت الاستيلاء لشركته؛ لأن الاستيلاء اختيارٌ منه للتملك، فثبت به ملكه في قدر حصته من الجارية.

وأما القريبُ فلم يوجد منه اختيارٌ، نعم لو اختار العتق حينئذٍ نفذ، ومن أصحابنا من قال: في المسألتين قولان، بالنقل والتخريج. ومأخذُ القولين أصلُ التردد في ثبوت الملك وانتفائه.

الثالثة: لو وطء جاريةً من المغنم ولم تحبل، فلا حدٌّ على الصحيح، والمهرُ يُنتنى على أقوال الملك، فإن قلنا: لم يملك، لكن ملك إن تملك، فعليه كمالُ المهر، ويُوضع في المغنم. وإن قلنا: مُلِّك، فيَحْطُ عنه قدر حصته ويجب الباقي. وإن قلنا: إنه موقوف، فإن وقع في حصته فلا شيء. وإن وقع في حصة غيره، فعليه جميعُ المهر.

فإن كثر الجنْدُ ولم يمكن ضبطُ حصته، أخذنا المستيقن، وحططنا المستيقن، ويُتوقف في قدر الإشكال. أما إذا أحبل، فحكمُ المهرِ والحد ما سبق.

ويتجدد النظر في: الاستيلاء، وحرية الولد، وقيمه:

أما الاستيلاء: إن قلنا: لا يملك، فلا ينفذ في الحال، ولكن لو وقعت في حصته فهل ينفذ؟ قولان يجريان في كل ملك طارئ. فإن قلنا: يملك، ففي نفوذ الاستيلاء في حصته وجهان كما في زمان الخيار. ومنهم من عكس وقال: إن قلنا: ملك، نفذ في حصته. وإن قلنا: لا، فقولان؛ كاستيلاء الأب جاريةً الابن وأولى بالنفوذ؛ لأنَّ له حقاً في الجارية، بخلاف الأب.

فإن نفذنا في نصيبه سرى إن كان موسراً، ونجعلهُ موسراً بما يَخُصُّهُ من الغنيمة، ولكن لو أعرض نفذ إعراضهُ، ونجعلهُ معسراً، ولا نمنعه من الإعراض لتنفيذ عتقه.

أما الولد: فيعتقد حرّاً نسبياً؛ للشبهة. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: هو رقيق ولا نسب له.

وفي وجوب قيمة الولد قولان كالقولين في الجارية المشتركة، مأخذهما: أن الملك ينتقل قبيلَ العلوق أو بعده.

ثم مقدار حصته من قيمة الولد تُعرف كما ذكرناه في المهر، ويسقط عنه. وإن

بَعْضُنَا الْعَتَقُ فِي صُورَةِ الْمَعْسَرِ، قَالُوا لَهْل يَعْتَقُ جَمِيعُهُ لِأَجْلِ الشَّبْهَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي اسْتِيلَادِ الشَّرِيكِ الْمَعْسَرِ، وَكَذَلِكَ مِنْ وَطءِ امْرَأَةٍ، نَصْفُهَا حُرٌّ وَنَصْفُهَا رَقِيقٌ، وَالْأَطْهَرُ أَنْ يَتَّبِعُ الْوَلَدَ هَاهُنَا كَالْأُمِّ لَا كَالشَّبْهَةِ الَّتِي لَا تَخْتَصُّ بِبَعْضِ الْمَرْأَةِ.

وَهَلْ يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يُرِيقَ بَعْضَ شَخْصٍ ابْتِدَاءً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْقِيَاسُ جَوَازُهُ. أَمَّا إِذَا فَرَعْنَا عَلَى أَنَّ الاسْتِيلَادَ لَا يَحْصُلُ لَضَعْفِ الْمَلِكِ وَعَدَمِهِ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ بِسَبَبِ الشَّبْهَةِ، وَيَعْتَقُ جَمِيعُ الْوَلَدِ لِاسْتِرْسَالِ الشَّبْهَةِ، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّرَكَةَ أَوَّلَى بِأَنْ تُورِثَ شَبْهَةً، وَإِنَّمَا يَتَّجِهُ بَعْضُ رَقِّ الْوَلَدِ فِي امْرَأَةٍ نَصْفُهَا حُرٌّ، وَنَصْفُهَا رَقِيقٌ.

ثُمَّ إِذَا لَمْ يَنْفِذِ الاسْتِيلَادُ وَعَتَقَ الْوَلَدُ، فَهَذِهِ حَامِلٌ بِحُرٍّ، فَالْأَصَحُّ مَنْعُ بَيْعِهَا، وَلَا يُمْكِنُ إِدْخَالُهَا فِي الْقِسْمَةِ إِنْ جَعَلْنَا الْقِسْمَةَ بَيْعًا، فَبِالْحُرِّ أَنْ يَطَالِبَ الْوَاطِئُ بِالْقِيَمَةِ؛ لِلْحَيْلُولَةِ، ثُمَّ تُقَوِّمُ عَلَى الْوَاطِئِ حَتَّى تَتَّعِنَ لِحَصَّتِهِ مِنْ غَيْرِ قِسْمَةٍ.

أَمَّا إِذَا كَانَ الْوَاطِئُ مِنْ غَيْرِ الْغَائِنِينَ فَهُوَ زَانٍ يُحَدُّ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ ابْنٌ فِي الْغَائِنِينَ أَوْ وَطءٌ قَبْلَ إِفْرَازِ الْخُمْسِ وَقَلْنَا: إِنْ الزَّانِي بِجَارِيَةِ بَيْتِ الْمَالِ لَا حَدَّ عَلَيْهِ.

الْحُكْمُ الثَّلَاثُ لِلْمَغَانِمِ: أَنَّ الْأَرْضِ وَالْعَقَارَاتِ تَمْلِكُ عَلَيْهِمْ إِذَا أُمِكنَ حِفْظُهَا مِنْهُمْ، وَتُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَائِنِينَ.

وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ أَرْضِي الْعِرَاقِ قَسَمَهَا عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بَيْنَ الْغَائِنِينَ، ثُمَّ خَافَ أَنْ يَتَعَلَّقُوا بِأَذْنَابِ الْبَقَرِ وَالْحِرَاثَةِ وَيَتْرَكُوا الْجِهَادَ؛ فَاسْتَمَالَ قُلُوبَهُمْ عَنْهَا بِعَوَضٍ وَغَيْرِ عَوَضٍ، وَوَقَّفَهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ أَحْرَهَا مِنْ سُكَّانِ الْعِرَاقِ بِخُرَاجٍ يُؤَدُّونَهُ كُلَّ سَنَةٍ، وَإِجَارَتَهُ مُؤَبَّدَةٌ. وَاحْتَمَلَ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ الْعَامَةِ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تِلْكَ الْأَرْضِ، وَيَجُوزُ لِأَرْبَابِهَا إِجَارَتُهَا، لَكِنْ إِجَارَةٌ مُوقَّتَةٌ. وَفِي إِجَارَتِهَا مُؤَبَّدَةٌ قَوْلَانِ، الصَّحِيحُ: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهَا احْتَمَلَتْ فِي وَاقِعَةٍ كَلِيَّةٍ وَمَصْلَحَةٍ عَامَةٍ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَأْخُذَ قِطْعَةً مِنْهَا مِمَّنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ مِنْ آبَائِهِ وَأَجْدَادِهِ وَيَقُولُ: أَنَا أُعْطِيَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَحْرَهَا مِنْهُمْ عَلَى التَّأْيِيدِ وَلَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ بِمَوْتِ الْعَاقِدِينَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ يَتَمَلَّكْ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَلَى سُكَّانِهَا، بَلْ ضَرَبَ عَلَيْهِمْ خُرَاجَهَا مَعَ تَقْدِيرِ مَلِكِهِمْ، وَزَعَمَ أَنَّ ذَلِكَ خُرَاجٌ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِسَلَامٍ.

وَقَالَ ابْنُ سَرِيحٍ، رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ بَيْعُ أَرْضِي الْعِرَاقِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بَاعَهَا مِنْ سُكَّانِ الْعِرَاقِ لِيُؤَدُّوا الثَّمَنَ عَلَى مَمَرِ الْأَيَّامِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا ثَمَنٌ غَيْرُ مُقَدَّرٍ وَلَا آخِرَ لَهُ.

وعلى الجملة، لا يخلو المذهب عن الإشكال، وهو أن يقتلَ الثمن، أو تتأبد بالإجارة، أو يسقط الخراج بالإسلام، ولكن الاعتماد على النقل، والشافعي (رضي الله عنه) أعلم القوم بالنقل والتواريخ.

وأما دور مكة وأراضيها فمملوكة عند الشافعي (رضي الله عنه) ويجوز بيعها لأصحابها. وصح عنه أن مكة فتحت عنوة على معنى أنه ﷺ دخلها مستعداً للقتال لو قوتل^(١). وقال أبو حنيفة (رحمه الله): لا يصح بيع دور مكة.

هذه أحكام الغنime، وما شذ عنها ذكرناه في كتاب «قسم الغنائم» في «ربع البيع».

(١) قال ابن القيم: والذي يدل على أن مكة فتحت عنوة وجوه. أحدها: أنه لم ينقل أحد قط أن النبي ﷺ صالح أهلها زمن الفتح ولا جاءه أحد منهم صالحه على البلد وإنما جاءه أبو سفيان فأعطاه الأمان لمن دخل داره أو أغلق بابه أو دخل المسجد أو ألقى سلاحه ولو كانت قد فتحت صلحاً لم يبق من دخل داره أو أغلق بابه أو دخل المسجد فهو آمن فإن الصلح يقتضي الأمان العام. الثاني: أن النبي ﷺ قال: [إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وإنه أذن لي فيها ساعة من نهار] وفي لفظ [إنها لا تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي] وإنما أحلت لي ساعة من نهار] وفي لفظ فإن أحد ترخص لقتال رسول الله ﷺ فقولوا له [إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم] وإنما أذن لي ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس] وهذا صريح في أنها فتحت عنوة وأيضاً فإنه ثبت في الصحيح أنه جعل يوم الفتح [خالد بن الوليد على المحبة اليمنى وجعل الزبير على المحبة اليسرى وجعل أبا عبيدة على البادية وبعث الوادي فقال: يا أبا هريرة ادع لي الأنصار فجاؤا يهرولون فقال: يا معشر الأنصار هل ترون أوباش قريش قالوا: نعم قال: انظروا إذا لقينهم غداً أن تحصدوهم حصداً وأحفي بيده ووضع يمينه على شماله وقال: مرعدكم الصفا وجاءت الأنصار فأطافت بالصفا فما أشرف يومئذ لهم أحد إلا أناموه وصعد رسول الله ﷺ الصفا وجاءت الأنصار فأطافوا بالصفا فجاء أبو سفيان فقال يا رسول الله أيديت خضراء قريش لا قريش بعد اليوم فقال رسول الله ﷺ من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن]

وأيضاً فإن أم هانئ أجات رجلاً فأراد على بن أبي طالب قتله فقال رسول الله ﷺ [قد أحرنا من أجات يا أم هانئ] وفي لفظ عنها لما كان يوم فتح مكة أجات رجلين من أمهات فدخلتهما بيتاً وأعلقت عليهما باباً فجاء ابن أمي على فتلفت عليهما بالسيف فذكرت حديث الأمان وقول النبي ﷺ قد أحرنا من أجات يا أم هانئ وذلك ضحى يحوف مكة بعد الفتح فاجارتها له وإرادة على رضي الله عنه قتله وتنفيذ النبي ﷺ إجاتها صريح في أنها فتحت عنوة وأيضاً فإنه أمر بقتل مقيس بن صباة وابن حطل وجاريتين ولو كانت فتحت صلحاً لم يأمر بقتل أحد من أهلها، ولكان ذكر هؤلاء مستثنى من عقد الصلح وأيضاً ففي السنن بإسناد صحيح أن النبي ﷺ لما كان يوم فتح مكة قال آمنوا الناس إلا امرأتين وأربعة نفر اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة. والله أعلم. انظر: زاد المعاد (١٠١/٢).

الباب الثالث: فى ترك القتل والقتال بالأمان

واعلم أن الأمان من مكاييد القتال ومصالحه وإن كان تركاً للقتل، لكن قد تمس الحاجة إليه.

وينقسم إلى عام لا يتولاه إلا السلطان، وإلى خاص فيستقل به الآحاد، وهو المقصود ببيانه. والنظر فى أركانه، وشرائطه، وأحكامه. فأما الأركان فتلاثة:

الأول: العاقد، وهو كل مكلف مؤمن له أهلية القتل والقتال بحال؛ فيصح أمان العبد، والمرأة، والشيخ الهرم والسفيه، والفلس. ولا يصح أمان الصبي والمجنون. وقيل: أمان الصبي كوصيته إذ لا ضررَ عليه، وهو بعيد.

وأما الأسير، إن أمّن مَنْ أسره، فالمنهّب أنه يصح؛ لأنه يكون كالملك فيه، وإن أمّن غيره، فوجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه مؤمن مكلف. الثانى: لا؛ لأنه ليس له استقلال فى التخويف، والأمان ترك التخويف. وعلى هذا، هل يلزمه حكمه فى نفسه؟ فعلى وجهين.

الركن الثانى: المعقود له: وهو الواحد أو العدد المحصور من ذكور الكفار. أما أمان المرأة عن الاسترقاق، فهل يصح؟ فيه وجهان ينبنيان على القولين فى أن الصبح مع أهل قلعة فيها نسوة - لا رجلَ بينهما - هل يعصمهن عن الاسترقاق؟ وما أخذه: أن المرأة تابعة فى الأمان فلا تستقل.

أما العدد الذى لا ينحصر - كأهل ناحية - فلا يصح أمان الآحاد فيه، بل ذلك إلى السلطان.

الركن الثالث: نفس العقد: وهو كل لفظ مفهم، كناية أو صريحاً، وإشارة تقوم مقامه، ولكن لأبد من تفهيم.

وللكافر أن يرد الأمان، فإن ردّ لم ينفذ، وإن قبل نفذ. وإن سكّت ففيه تردد، والظاهر اشتراط القبول بقول أو فعل. وإن قال الكافر: فلو أشار مسهم إلى كافر فى الصف، فأنحاز إلى المسلمين وفهم الأمان، فهو آمن وإن قال الكافر: ما فهمت الأمان، فلنا أن نغتاله. وإن قال: فهمت الأمان وقال المسلم: ما أردته، فلا يغتال ويبلغ المأمن.

وإنما تشترط الصيغة فيمن يدخل بلادنا لا لسفارة ولا لقصد سماع كلام الله، وإن قصد ذلك فهو آمن من غير عقد. وأما قصد التجارة فلا يؤمن. فلو قال: كنت أضن أنه كقصد السفارة، فلا نبأ بظنه ونغتاله. نعم، لو قال الوالى: كل من دخل ناحراً فهو

آمن، فله ذلك. ولو قال ذلك واحدٌ من الرعية لم يصح؛ إذ ليس للأحادِ التعميمُ، فلو قال الكافر: ظننتُ صحته، ففى جوازِ اغتياله وجهان.

أما الشرط فهو اثنان: أحدهما: أن لا يكون على المسلمين ضررٌ - بأن يكون طبيعةً أو جاسوساً - فإن كان: قُتل ولا بُدَّ بالأمان، ولا يُشترط وجود مصلحةٍ مهما انتفى الضررُ.

الثانى: أن لا يزيد الأمان على سنة، ويجوز إلى أربعة أشهر، وفيما بين ذلك قولان كالقولين فى مهادنة الكفار حيث لا ضَعْفٌ للمسلمين، وعند الضعف تجوز المهادنة إلى عشر سنين. وأما الأمانُ فلا يُزَاد على السنة.

وأما حكم الأمان، فهو أنه جائزٌ من جانب الكفار، وله أن ينبذ العهدَ مهما شاء، ولازمٌ من جهة المسلمين كالذمة، إلا أن العهد يُنبذ بمجرد توقع الشرِّ، والذمة لا تُنبذ إلا بتحقيق الشرِّ.

ثم يُتبع فى الأمان موجب الشرط. فلو قال: أمنتُ نفسك خاصةً، لم يَسِر إلى ماله وأهله إلا أن يُصرَّح. ولو قال: أمنتك، ففى السَّرية وجهان: أحدهما: لا؛ لاختصاص اللفظ. والثانى: نعم؛ لأن أمانه بترك ما يتأذى به.

ثم هذا فيما معه من المال والأهل. أما ما تركه فى داره، فلا أمان فيه. ومهما قتله بعد الأمان - هو أو غيره - لزمَت الدية والكفارة دون القصاص.

فرعان: الأول: الأسيرُ فيما بينهم إذا أَمَنوه بشرط أن لا يخرج من دارهم، فله الخروجُ مهما ممكناً، بل يلزمه الخروجُ، فإنه - وإن كان متمكناً من إقامة وظائف شرعية - لكنه لا يخلو عن ذلٍّ فيما بينهم؛ فتلزمه الهجرة، ويلزمه أن يحنث إن كان قد حلف. ولا ترخص فى المقام خوفاً من وقوع الطلاق والعِتاق إن كان قد حلف به.

ولو أطلقوه إلى دار الإسلام بشرط الرجوع فلا يلزمه. ولو شرط إنفاذ مال لم يلزمه أيضاً. وقيل: فيه قول قديم أنه يجب الوفاء بوعد المال، نعم إذا كان الأمان من الجانبين، فإذا خرج لا يقتالهم ولا يأخذ أموالهم إلا إذا خرجوا وراءه، فله دَفْعُ الخارجين إليه خاصةً.

ولو باعوه شيئاً وهو مختار، لزمه بَعْثُهُ الثمنَ إليهم. فإن كان مكرهاً فعليه ردُّ العين. وقال فى القديم: يُخَيَّر بين ردِّ العين أو الثمن، وكأنه تفرُّع على وقف العقود.

وإذا أسلم الكافر - وقد لزمه كفارة يمين - لم تسقط الكفارة بالإسلام. ويحكى فيه

وجه: أنه يسقط. فعلى هذا، يبطل بالإسلام إيلاؤه.

الفرع الثاني: المبارز بالإذن أو على الاستقلال. إن جوزنا ذلك. يلزمه الوفاء بشرطه مع قرينه، ويلزم أهل الصف ذلك. فلو شرط أن لا يتعرض له أهل الصف إلى أن يعود إلى صفهم، لزم. وإن شرط إلى أن ينتهى القتال: فإذا ولّى منهزماً جاز قتله؛ إذ قد انتهى قتاله بالهزيمة، وإن شرط الأمان إلى الإثخان جاز قتل الكافر إذا أئخنه المسلم. وإن أئخن المسلم وقصد تذييفه، منعناه وقتلناه وإن كان الأمان ممدوداً إلى القتل؛ بل مثل هذا الأمان باطل؛ إذ فيه مضرة على المسلمين.

ولو خرج جمع لإعانة الكافر قتلناهم مع المبارز إن كان باستنجاهه، وإن لم يكن بإذنه لم نتعرض له.

واختتام الباب بذكر ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مسألة العليج. فإذا قال عليج^(١) من علوج الكفار: أدلكم على قنعة بشرط أن تجعلوا لي منها الجارية الفلانية التى فيها. فهذه الجعالة صحيحة، مع أن الجعَلَ غير مملوك، ولا معين معلوم، ولا مقتور على تسليمه، ولكن للحاجة.

ولو كان الدليل مسلماً، فالصحيح أنه لا يصح؛ لفقد الشروط. وفيه وجه: أنه يصح للحاجة، وهو بعيد. وإنما ينقدح إذا جوزنا للإمام استئجار المسلم، وإلا فالدلالة جهاد يقع عنه.

ثم لنا مع الجارية خمسة أحوال:

الحالة الأولى: أن لا نقاتل القنعة، فإن لم يكن ممكناً فلا شئ للعليج؛ إذ دل على ما لا خير فيه، وإن كان ممكناً فتركناه، فيحتمل أن يستحق؛ لأنه أتم عمل الدلالة، ويحتمل أن لا يستحق، وكأنه معلق بالقتال.

وإن قاتلنا فلم نقدر، فما هنا أولى بأن لا يستحق. وإن جاوزناها لمهم، ثم وقعنا عليها ثانياً. لا بعلامته - فلا شئ له، وإن رجعنا بعلامته فله الجارية. وإن فتحها طائفة أخرى فلا شئ عليهم؛ لأن الشرط لم يجر معهم وإن بلغهم علامته.

الحالة الثانية: أن نفتتح ولا نجد الجارية، فإن أخطأ العليج، فلا شئ له، وكذلك إن كانت قد ماتت قبل معاودة العليج. ولو ماتت بعد المعاودة، فثلاثة طرق:

(١) العليج: كل جافٍ شديد من الرجال. والعلج: الحمار. وحمار الوحش السمين القوى جمع: عُليج، وأغلاج. انظر: المعجم الوسيط (٦٢١/٢).

أحدها: طرد القولين في وجوب البذل. والثاني: أنه يجب إن ماتت بعد الظفر، وإن ماتت قبله فقولان. والثالث: لا يجب إن ماتت قبل الظفر وإن ماتت بعده فقولان.

ولا شك في أنه يجب البذل إن ماتت بعد التمكين من التسليم وجرى التقصيرُ منها. ثم إذا وجب البذل، فهو قيمتها أو أجر المثل؟ فيه قولان يبنيان على أن الجُعْلَ المعين يُضمن بضمان العقد، أو ضمان اليد كما في الصداق؟ ثم إذا وجب، فهو من المغسم أو من مال المصالح؟، فيه وجهان.

الحالة الثالثة: أن نجدها مسلمة، فلا يمكن تسليمها إلى الكافر، فلا بد من الضمان. وفيه وجه: أن الإسلام كالموت، وهذا بعيدٌ إن أسلمت بعد الظفر، أما قبله فيمكن أن يقال: إذا تعذر ملكتها بالإسلام فصار كالموت.

الحالة الرابعة: أن لا نجد في القلعة إلا تلك الجارية، ولا غرض لنا في استبقاء القلعة، ففي تسليم الجارية وجهان، ووجهُ المنع أننا لا نحصل على غرض، فيكون عملنا للعلاج خاصة.

الحالة الخامسة: إذا ظفر بها بعد أن صالحتنا زعيم القلعة على الأمان في أهله وكانت من أهله، فإن لم يرضَ الزعيم بتسليم الجارية ببذل، قلنا له: ارجع إلى القتال وأغلق الباب فإنَّ الشرط مع العلاج سابق، والشرط معك مُناقضٌ له، فلم يصح.

ولا خلاف في أنه لا يُشترط في أمان أهل الزعيم العلمُ بعددهم، بل مَنْ ظهر أنه من أهله كان في أمان، وإليه التعيين إذا طلبَ الأمانُ لعددٍ معلوم؛ صالح أبو موسى، رضى الله عنه، عن بعض القلاع على أمان مائة، فعده صاحبُ القلعة مائة، فلما أتمها ضربَ عُنقَ صاحبِ القلعة؛ لأنه كان زائداً على المائة.

المسألة الثالثة: المستأمن إذا ثبت له ديون في ذمتنا أو أودعَ عندنا أموالاً، ثم رجع إلى بلاده ليعود، فأمانه مُطرد. ولو نقض العهد والتحق بدار الحرب فقيما خلفه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه فني، وانتقض أمانه؛ لأنه الأصل، وقد بطل أمانه في نفسه. والثاني: لا؛ لأنه لم يفارق إلا بنفسه، فأمانه باقٍ في ماله. والثالث: أن المال: إن عُصِمَ - تبعاً له - انتقض، وإن جرى بشرطٍ مقصودٍ فلا.

التفريع: إن قلنا بطل أمانه، فهو فني، وإن قلنا: بقي أمانه؛ فلا يُتعرَّضُ له ما دام حيّاً، وله أن يعودَ لطلبه. وعُتِرَ الطلبُ يُغنيه عن الأمان كعذر السفارة إلا أن يتخذ ذلك ذريعةً في كثرة الرجوع. وإن مات في دار الحرب، ففيه قولان: أحدهما: أنه لورثته؛

يُتِمُّهُمُ لِلْأَمَانِ. والثاني: أنه في؛ إذ ضَعُفَ الْأَمَانُ بِانضمامِ الموتِ إِلَى نَقْضِ الْعَهْدِ.

ولو كان قد خرج لشغل فمات، فالظاهر أنه لورثته. وفيه وجه بعيد: أنه ينقطع الْأَمَانُ بِمَوْتِهِ. فَإِنْ قُلْنَا: لورثته، فَلَهُمُ الدَّخُولُ بِعَذْرِ الطَّلَبِ مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ.

أما إذا استرق بعد الالتحاق بدار الحرب، ففي انقطاع الْأَمَانِ بِالرَّقِّ قولان مرتبان على الموت، وأولى بأن لا ينقطع، فإن لم يقطعه، فَعَتَقَ: رُدَّ إِلَيْهِ. وإن مات حراً رجع انقولان. وإن مات رقيقاً فهو في؛ إذ الرقيق لا يُورث، والسيد أيضاً لا يرثه، هذا هو النص. وفيه أيضاً قولٌ مُخَرَّجٌ: أنه يُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَتِهِ؛ لِأَن إسقاطَ الْإِرْتِ بِالرَّقِّ وَنَقْضُ الْأَمَانِ بِهِ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ وَلَا يُؤْخَذُ الْكُفَّارُ بِهِ. وَخُرُجُ هَذَا الْقَوْلِ مِنْ مَسْأَلَةٍ فِي «الْجِرَاحِ»، وهو أنه لو قطع يَدَ ذِمِّيٍّ فَالْتَحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاسْتَرَقَ وَمَاتَ رَقِيقًا مِنْ تَمَكِّ الْجَنَائِةِ، ففي قدر الواجب على القاطع كلامٌ طويل، وقد نصَّ الشافعي، رضى الله عنه، على صَرْفِ شَيْءٍ إِلَى الْوَرِثَةِ، ففيل: في المسألة قولان بالنقل والتخريج.

المسألة الثالثة: إذا حاصر الإمامُ أَهْلَ قَلْعَةٍ وَرَضِيَ أَهْلُهَا بِحَكْمِ رَجُلٍ عَيْنُوهُ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَنْزِلَهُمْ عَلَى حُكْمِهِ؛ اسْتَنْزَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَنِي قَرْيَظَةَ عَلَى حَكْمِ سَعْدِ بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (١)، وَلَيْكُنَ الْمَحْكَمُ عَدْلًا أَمِيًّا عَالِمًا بِمَصَالِحِ الْقِتَالِ، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ بِمَجْتَهِدًا.

ثم حَكْمُ الْمَحْكَمِ نَافِذٌ بِالْقَتْلِ وَالْإِرْقَاقِ وَالْعَفْوِ، وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا فَوْقَهُ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا دُونَهُ مُسَاعِمًا. فإذا حكم بالقتل، فللإمام الاسترقاقُ أم لا؟، فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه دونه. والثاني: لا؛ لأن الإنسان قد يؤثر الموت على الدُّلِّ الموبد.

وإذا حكم بالقتل فأسلم، امتنع قتله. وإن حكم بالرق، فأسلم قبل الإرقاق: فإن رأينا أن الرق فوق القتل لم يملكه، وإن قلنا: إنه دونه، فقد كان يملكه قبل الإسلام فيملكه الآن إلا أن يُسَلَّمَ قَبْلَ الظَّفَرِ.

ولو حكم بضرب الجزية عليهم، فهل عليهم القَبُولُ؟، فيه وجهان، ووجه المنع: أنه معاقدة بالتراضي فلا يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ.

وينبغي أن يجرى الخلافُ في المفاداة أيضاً، فإن قلنا: لا تلزمهم، فلا يتعرض لهم

(١) الحديث في صحيح البخاري (٤١٢١) ومسلم (الجهاد ب ٢٢ ح ١٧٦٨)، والترمذي (١٥٨٢) وأبو داود (٥٢١٦، ٥/١٥) وأحمد (٧١، ٢٢/٣) والبيهقي (٩٧، ٦٣، ٥٨/٦) والطبراني (٦/٦) والهيتمي (بجمع ١٣٨/٦) وابن أبي شيبة (٤٢٥/١٤) والمتقي في كز العمال (٢٥٤٨٣) والتبريزي (٤٦٩٥، ٣٩٦٣٥) وفتح الباري (٣٢٠/١، ٥١/٥، ١٧٢، ٧٨، ٤١١/٧، ٤٩، ١١) والألباني في الصحيحة (٦٧).

بقتلٍ وغيره إن منعوا بذل الجزية، لكن نلحقهم بالمأمن ونستأنف القتال. وإن قلنا: يلزمهم، فحكمهم حكم أهل الذمة إذا منعوا الجزية، وسيأتي.

ولو بشرط الأمان لمائة نفر من أهل القلعة، فلا اختيار إليه، فله أن يعين من شاء، فإن عيّن مائة تامة، قلنا أن نقتله؛ لأنه زائد على المائة كما فعله أبو موسى (رضي الله عنه).

* * *

أما الأركانُ فخمسة

الركن الأول: صيغة العقد: وهو أن يقول نائبُ الإمام: أَقَرَرْتُكُمْ بِشَرطِ الجزية والاستسلام. والصحيح: أنه يُشترط ذكرُ مقدار الجزية. وقيل: لا يُشترط، ولكن نُنزل المطلق على الأقل. وقال العراقيون: لا يُشترط ذكرُ الاستسلام؛ لأنه حكم للعقد كالمِلْك في البيع.

ولكن هل يجب التعرضُ لكفِّ اللسانِ عن الله ورسوله؟ فيه وجهان، والصحيح: أن الاستسلامَ من جانبهم - مع الجزية - كالعوض عن التقرير، فيجب ذكره، ثم يندرج تحته كفُّ اللسانِ.

والتأقيت، هل يُبطلُ هذا العقد؟ فيه قولان: أحدهما: أنه لا يبطل كالأمان. والثاني: أنه يبطل؛ لأن هذا بدَلٌ عن الإسلام، فَلَيَبْدُ.

ولو قال الإمام: أَقَرُّكُمْ بِالذِّمَّةِ مَا شِئْتُ أَنَا، فقولان مرتبان، وأولى بالجواز؛ إذ نُقِلَ عنه، عليه السلام، قال لهم: «أقركم على ذلك ما أقركم الله»^(١). إلا أن ذلك كان في انتظار الوحى ولا يُتصور الآن.

ولو قال: أَقَرُّكُمْ مَا شِئْتُمْ، جاز؛ لأنه حكم المطلق؛ إذ لا يلزم هذا العقد من جانبهم، لكن يلزم من جانبنا إن صَحَّ، وإذا فسد لم يلزم، ولكن لا نغتالهم، بل نُلْحِقَهُم بِالْأَمَانِ. فرع: لو اتفقت الإقامة على حكم الفساد سنة أو سنتين، نأخذ لكل سنة ديناراً ولا نَسَامَحُ بالتقرير مجاًناً. ولو وقع كافرٌ في ديارنا مدةً، ولم نشعر به حتى انقضت سنة، فلا نأخذ منه الدينار؛ لأنه لم نقبله أصلاً. نعم ونغتاله ونُسَرِّقُهُ. فَإِنْ قَبِلَ الجزيةَ ففى مَنَعِ استرقاقه وجهان:

أحدهما: أنه يُسَرَّقُ؛ كالأسير إذا أراد مَنَعُ الرقِّ ببذلِ الجزية لم يمتنع. والثاني: أنه يلزم قبول الجزية؛ لأن هذا لم نقصد الاستيلاء عليه بخلاف الأسير.

ولو قال: دخلتُ لسماعِ كلامِ الله تعالى: تركناه. وإن قال: دخلتُ لسفارة، صدَّقناه إن كان معه كتابٌ، وإن لم يكن فوجهان، والظاهر نُصَدِّقُهُ. ولو قال: دخلتُ بأمانٍ مسلمٍ، ففى تصديقه بغير حجة وجهان من حيث إن إقامة الحجة عليه ممكنٌ.

(١) الحديث: أخرجه البخارى (٢٣٣٨) عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعاً، وأحمد (١٤٩/٢) والبيهقى (١١٤/٦، ٢٢٤/٩) وعبد الرزاق (١٩٣٦٦/٩٩٨٩) وفتح البارى (٣٢٧.٢١/٥) وللحديث ألفاظ أخرى هذا أصحها.

ثم الذى يَدْخُلُ للسمع لا نَمُكُنْهُ من المقام وراءَ أربعة أشهر^(١)، وفيما دون ذلك إلى مُدَّة البيان، وجهان.

الركن الثانى: فى العاقد: ولا يعقده إلا الإمام، فلو تعاطاه واحدٌ بغير إذنه: لم يصحَّ، ولكن يمنع الاغتيال. ولو أقام سنة، ففى أخذ الجزية وجهان: أحدهما: أنه يُؤخَذُ كعقد الإمام إذا فسَدَ. والثانى: لا؛ لأنَّ قبوله لا يؤثر إذا لم يكن القبول ممن هو من أهل الإيجاب.

ويجب على الإمام قبول الجزية إذا بذلَّوها إلا أن يخاف غائلتهم. فإن كَثُرَ جَمْعُهُمْ، فَلْيُفَرِّقْهُمْ فى البلاد. ولا يجب قبولها من الجاسوس؛ لما فيه من المضرة.

الركن الثالث: فيمن يُعقد له. وهو كل كتابي، عاقل، بالغ، حرٌّ، ذكر، متأهب للقتال، قادر على أداء الجزية، فهذه سبعة قيود:

الأول: الكتابي، فلا يؤخذ من عبدة الأوثان والشمس، وإنما تؤخذ من اليهود والنصارى. والمحسوس أيضاً يُسنَّ بهم سنة أهل الكتاب فى الجزية^(٢) دون أكل الذبيحة والمناكحة.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يُقرَّر وتُنَى العجم دون وتُنَى العرب.

ولو ظهر قومٌ زعموا أنهم أهل الكتاب كالزبور وغيره، فهل يُقرَّرون بالجزية؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن الزبور كتابٌ محترمٌ، وكذا سائر كتب الله تعالى، ولا يمكن أن نعلم دينهم إلا بقولهم. والثانى: لا؛ لأنه لا ثَبَّةَ بقولهم.

والأولون لم يعولوا إلا على أهل التوراة والإنجيل. ثم لا شك فى أنه لا تحلُّ مناكحتهم لظهور هذه الشبهة، كما أنَّ من شك فى أن أول آبائه دان بدينهم قبل المبعث أو بعده، يُقرَّر ولا يُنَاكح. فإن علم أنه دان قبل المبعث يُقرَّر ويناكح، وإن علم

(١) هذا مأخوذ من قوله تعالى: ﴿فَمَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [التوبة: ٢٢]

(٢) هذا من حديث عن عمر: «أنه لم يأخذ الجزية من المحسوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر» وفى رواية: «أن عمر ذكر المحسوس فقال ما أدري كيف أصنع فى أمرهم؟ فقال له عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول سُنُوا بِهِمْ سنة أهل الكتاب» أخرجه البيهقى (١٨٩/٩) والشافعى (٢٠٩) ومالك (٢٧٨) وابن أبى شيبة (٢٢٤/٣، ٢٤٣/١٢) وعبد الرزاق (١٠٠٢٥، ١٩٢٥٣) والسيوطى فى الدر المنثور (٢٢٩/٣) والتمقى الهندى (١١٤٩٠) وابن حجر فى التلخيص (١٧١/٣) والساعاتى فى بدائع المن (١١٨٣) وابن كثير فى تفسيره (٣٧/٣) والقرطبى فى تفسيره (١١١/٨).

أنه دان بعد المبعث لم يقرر. وإن دان بعد التبديل قرّر ولا يُنكح. وفيه وجه: أنه لا يُقرّر.

فروع: الأول: اختلفت نصوصُ الشافعي، رضى الله عنه، في الصابئين - وهم فرقة من النصارى - وفي السامرة - وهم فرقة من اليهود - فمنهم من قال: إنه تردّد؛ لتردّده في أنهم مبتدعة أو كفّرة، فإن صحّ كفرهم بأن قالوا: مُدبّرُ العالم النجوم السبعة، أو قالوا يقدم النور والظلمة: فلا يُقرّر؛ لأنه يناقض موجب الكتب المنزلة. ومنهم من قال: وإن كانوا مبتدعة، فالقولان جائزان؛ إذ تضعف بالبدعة حرمتهم.

وهذا الخلاف إنما ينقدح في نكاحهم؛ لأنّ مبتدعة الإسلام يُنكحون، لأخبارٍ منعّت من التكفير، فلا يُعدّ في التغليظ على مبتدعة أهل الكتاب.

الثاني: لو قبلنا جزئته، فأسلم منهم رجلان عدلان شهدا أنه كافرٌ بدينهم تبين انتقاضُ العهد، ونفثاله؛ لتبليسه علينا، وإنما تثبت علة الأمان عند جهلهم.

الثالث: المتولّد بين وثني وكتابة - وبعبارة - في مناكحته قولان، الصحيح أنه يُقرّر، ومنهم من طرد القولين.

الرابع: إذا توثّن نصرانيّ وله أولاد صغار: فإن كانت الأم نصرانية استمر حكمُ تنصيرهم بعد البلوغ، وإن كانت وثنية فقولان: أحدهما: أنه تبقى علة التنصير لهم، فيقررون بعد البلوغ. والثاني: أنهم يتبعون في التوثّن أيضاً، لكن لا يُغتالون، وفي اغتيال أبيهم خلافٌ.

الخامس: الولد الحاصل من المرتدين - في إسلامهم - لأجل علة الإسلام، في المرتد خلاف، فإن قضينا به، فإن لم يصرحوا بعد البلوغ فهم مرتدون، وإن لم تقض به فلا يُقرّرون؛ إذ لم يثبت دينُ آبائهم قبل المبعث. وفيه وجه بعيد لا اتجاه له؛ إذ تحرم القاعدة في مراعاة تقديم الدين على المبعث، وعلى هذا يتجه التردّد في نكاحهم، والصحيح المنع.

والصحيح: أنه لا يحلّ وطء سبايا غُوراء؛ إذ صحّ أنهم ارتدوا بعد الإسلام، نعم ينقدح التردّد في استرقاقهم بناءً على أنهم كفارٌ أصليون؛ فإن عبدة الأوثان لا يمتنع إرقاقهم على المذهب، وفيه وجه: أنه يمتنع؛ لأن فيه أمناً مؤيداً لوثنيّ.

القيد الثاني: العقل، فلا يُؤخذ من المجنون جزية، بل هو تابعٌ كالصبي. ولو وقّع في الأسر رق بنفس الأسر كالصبي. وإن كان يُجنّ يوماً ويفيق يوماً، ففي وجه: يُعتبر آخرُ الحول، وفي وجه: تُلَفّق أيامُ الإفاقة سنةً، ويؤخذ لها دينارٌ، وهو الأقيس، وهو مذهبُ

أبى حنيفة رحمه الله، وفي وجهه يُنظر إلى الأغلب. وفي وجهه لا يُنظر إلى جنون منقطع، بل هو كالغشية، بل تجب جزية كاملة. وفي وجهه أنه لا يُنظر إلى عقل منقطع؛ فلا جزية عليه أصلاً. والوجهان الأخيران ضعيفان. وإن وقع مثل هذا في الأسر، فالصحيح أنه يُنظر إلى وقت الأسر.

القيد الثالث: الصغير، فلا يؤخذ منه جزية، بل هو تابع أبيه. ثم إذا بلغ عاقلاً، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا حاجة إلى الاستئناف، بل يلزمه مثل ما ألزم أبوه، وكأنه عقد نفسه ولولده بعد البلوغ. والثاني: أنه يستأنف لنفسه.

فلو بلغ سفيهاً والتزم زيادة؛ نفذ؛ لأنه يحقن به دمه، كما لو كان عليه قصاصٌ فصُلح على أكثر من الدية، فليس للولّى المنع؛ لأن حقن الدم أهم من المال. ولو عقد له الولي زيادة؛ لم يكن للسفيه المنع؛ كما يشتري له الطعام في المحصنة قهراً لصيانة روحه.

وإن قلنا: لا يستأنف: فإن كان الأب قد التزم زيادة؛ لزمه بعد البلوغ، وكان امتناعه كامتناع أبيه من الزيادة.

القيد الرابع: الحرية: فالعبد تابع فلا جزية عليه، وكذا من نصفه حرٌ ونصفه رقيقٌ. القيد الخامس: الذكورة: فلا جزية على المرأة؛ إذ لا تتعرض للقتل، بل هي تابعة، وللرجل أن يستتبع - بدينار واحد - جمعاً من النساء: الأقارب والزوجات، ولا يشترط المحرمية. أما الأصهار والأحماء، فمنهم من ألحقهن بالأجانب، ومنهم من ألحقهن بالأقارب والصبيان. والمجانين الأقارب أيضاً يجوز استباعتهم.

هذا فيه إذا شرط في العقد، فإن أطلق لم يتبع الأقارب والأصهار. أما أولاده الصغار فوجهان. وفي زواجه طريقان: أحدهما: أنه كالأولاد. والثاني: أنه كالأقارب. والأصح: أن الزوجة والولد مما يقتضيه الإطلاق؛ فلا حاجة إلى الشرط.

ثم إذا دخل صبي أو امرأة دارنا من غير أمان وتبعية؛ أو قفناهما، وكذلك المحنون والحربي يتخير فيه بين القتل والإرقاق.

فرع: إذا حاصرنا قلعةً - وليس فيها إلا النسوان - فإن فتحناها جرى الرق عليهن بمجرد الظفر. وإن بذلن الجزية لدفع الرق: فالصحيح أنه لا يجب القبول؛ إذ لو جاز لها دفع الرق بالجزية - كما يجوز للرجل دفع القتل - لما كانت تابعة في الجزية، بل صار أصلاً كالرجل، ولكان - إذا دخلت دارنا - لم يحز إرقاقها إن بذلت الجزية، وهو بعيد.

والثاني: أنه يجب القبول، وإنما التبعية إذا كان معها رجل قريب، أو زوج، وإنما لا

تستقل إذا وقعت في الأسر؛ لأنها رقت بمجرد الأسر.

أما إذا كان فيهنَّ رجلٌ واحدٌ وبَدَلَ الجزية، كان عصمةً لجميع النسوان إن كنَّ من أهله، وإنَّ كنَّ أجنبيَّ فلا. وقد أطلق الأصحاب عصمة الجميع، ولعلَّ هذا مرادهم.

القيد السادس: المتأهب للقتال: واحترزنا به عن الزمْنى وأرباب الصوامع ومن ذكرنا خلافاً في قتلهم، فمنهم من قال: إذا منعنا قتلهم، فهم كالنسوان؛ فلا جزية عليهم. ومنهم من قطع بأخذ الجزية للجنسية، وهو الأصحُّ.

القيد السابع: القدرة: واحترزنا به عن الكافر الفقير الذى ليس بكسوب، ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما: أنه يُخرج من الدار ولا يُقرَّر بجائناً. والثانى: أنه يقرر بجائناً؛ لأنه معذور. والثالث: أنه يقرر بجزية تستقرُّ في ذمته إلى أن يقدر.

الركن الرابع: فى البقاع التى يُقرر بها الكافر. ويجوز تقريرهم بكل بقعة إلا الحجاز، فقد قال ﷺ: «لو عِشْتُ لأُخْرِجْتُ اليهود والنصارى من جزيرة العرب»^(١)، ثم لم يَعِشْ ﷺ، ولم يتفرَّغ له أبو بكر، رضى الله عنه، فأجلاه عمر، رضى الله عنه، وهم زهاء أربعين ألفاً.

ونعنى بجزيرة العرب: مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها والطائف ووج، وما يُنسب إليها منسوباً إلى مكة، وفى بعض الكتب: التهامية، ولعله تصحيف (اليمامة). و (خَيْرٌ) من مخاليف المدينة.

وقال العراقيون: جزيرة العرب تمتدُّ إلى أطراف العراق من جانب، وإلى أطراف الشام من جانب. وعلى هذا تلتحق اليمن بالجزيرة، فتحصلنا فيه على خلاف.

هذا فى المخاليف والبلاد، أما الطرق المعترضة بينهما، فهل يُمنعون من الإقامة بها؟، فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن المراد المنع من الاختلاط بالعرب؛ حرمة لهم. والثانى: أنهم يُمنعون؛ لأنَّ الحرمة للبقعة.

ثم لا خلاف أنهم لا يُمنعون من الاجتياز لسفارة أو تجارة، ولكن بشرط أن لا يقيمون فى موضع أكثر من ثلاثة أيام، ولا يُحسَب يومُ الدخول والخروج إلا فى مكة فإنه يُمنع ولا يمكن الكافر من دخولها بحتاراً، ولا برسالة، بل يُخرج إليه مَنْ يستمع

(١) الحديث عن عمر بن الخطاب مرفوعاً بلفظ لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب. حتى لا أدع إلا مسلماً، أخرجه مسلم (١٧٦٧) والترمذى (١٦٠٧) وأبو داود (٣٠٣١/٣٠٣٠) وأحمد (٣٤٥٠/٣، ٢٩٩/١) وعبد الرزاق (١٩٣٦٥، ٩٩٨٥) والبخارى فى شرح السنة (١٨٢/١١) وابن عبد البر فى التمهيد (١٧٠، ١٦٩/١) والمتقى فى كتر العمال (٣٥١٣١).

الرسالة؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾^(١). ولا يجرى هذا التغليظ في المدينة.

فرع: لو دخل مكة، ومرض، وخيف - من نقله - الموت فلا يُبالي ويُنقل. ولو دفن نَبَشَ قبره وأخرج عظامه؛ تطهيراً للحرم. وإن مات على طرف الحجاز وأمكن نقله: نقل قبل الدفن. وإن دُفِنَ، ففي نَبَشِ قبره وجهان.

ولو مرض في الحجاز لم ينقل إن خيف موته. فإن كان يشقُّ النقل ولا يُخاف الموت، ففي وجوب نقله وجهان. فإن مات في غير مكة ودُفِنَ وعُظِّمَتِ المشقة في نقله: تركناه ولم نرفع نعش قبره.

الركن الخامس في قدر الجزية الواجبة: والواجبات عليهم خمسة:

الأول: نفس الجزية: وأقلها دينار^(٢) في السنة على كل محتلم كما سبق، أو اثني عشر درهماً نُقْرَةً، ويُخَيَّرُ الإمامُ بينهما، والتخييرُ مُسْتَنَدُهُ قضاء عمر، رضي الله عنه، ولا فلم يرد في الخبر إلا الدينار، وشيَّب بعضُ الأصحاب بأن النُقْرَةَ نُقُومُهَا بالذهب كما في نصاب السرقة.

ثم إن لم يذلوا إلا ديناراً وَجَبَ القبول. وللإمام أن يماكس^(٣) في الزيادة. فإن بذل زيادة، ثم علم أن الزيادة لم تكن واجبة، لم ينفعه، وكان كمن اشترى بالغبن. نعم لو نبذ إلينا العهد، ثم رجع وطلب العقد بدينار: وجبت الإجابة.

وقال أبو حنيفة، رحمه الله: «على الفقير دينار، وعلى الغني أربعة، وعلى المتوسط ديناران» وعندنا لا فرق.

ولو أسلم - أو مات - بعد مضي السنة: استوفى عندنا. ولو تكرر سنون لم تتداخل، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، في المسألتين ولو كان عليه ديون ومات، قُدِّمَتِ الجزية على وصاياه وديونه، ومنهم من قال: بل الجزية من حقوق الله؛ فَتُقَدِّمُ على حق الآدمي في قول، وتؤخر في قول، وتستوى في قول.

فرع: لو مات في أثناء السنة، ففي وجوب قسطه قولان: أحدهما: أنه لا يجب إلا لتمام السنة كالزكاة. والثاني: أنه يجب كالأجرة.

(١) [التوبة: ٢٨].

(٢) الدينار = ٤,٢٤ جم ذهباً. انظر: معجم لغة الفقهاء (ص ٤٤٩).

(٣) مَكْسٌ الشيء - مَكْساً: نقص. ومكس في البيع: نقص الثمن. ومَكْسٌ الضريبة: قدرها وجباها انظر المعجم الوسيط (٢/٨٨١) والمعنى هو مقصد المصنف.

ويُشير هذا إلى تردّد في أنها هل تجب بأول السنة، لكن تستقر بتمامها، أو تجب شيئاً شيئاً؟. وبَنُوا على هذا، أن الإمام لو طلب شيئاً في أثناء السنة، هل يجوز مع استمرار الحياة؟، والظاهر المنع؛ لأنه على خلاف سير الأولين.

الواجب الثاني: الضيافة: وقد وظف عمر، رضي الله عنه، الضيافة لمن يطرقهم من أبناء السبيل، فاتفقوا على جواز ذلك بشرط أن نبين لكل واحد عدّد الضيفان، وقدر الطعام، والأدم، وجنسه، وعلف الدابة، ومنازل الضيفان. وتُفَاوَت بين الغني والفقير في عدد الضيفان، لا في جنس الطعام؛ كي لا يُؤدّي إلى التزاحم على الغني. ويُبيّن مدّة إقامة الضيف من يوم إلى ثلاثة أيام، فقد وَرَدَ أَنَّ الضيافة ثلاثة أيام، فما زَادَ صدقة^(١). ويقال: الإجازة يوم وليلة، أعني ما يُعطى الضيف ليتزود في الطريق إذا رحل.

ثم هذا محسوبٌ لهم من نفس الدينار؛ إذ كان عمر، رضي الله عنه، لا يطالبهم بالجزية مع الضيافة. ومنهم مَنْ أبى ذلك؛ لأن الإطعام ليس بتملك، وهو كالتغذية في الكفارة.

فإن قلنا: إنه من الجزية، فما نَقَصَ من الدينار يجب أن يكمل، ولو أراد نَقْلَهُم عن الضيافة إلى الدنانير بعد ضَرْبِهِ - بغير رضاهم - ففيه وجهان، وكأنه تردّد في أنْ ضَرْبُهُ هل ينعقد لازماً؟. والصحيح أنه إن قلنا: إنه من الدينار، فيجوز الإبدال. وإن قلنا: إنه أصل، فلا بد من رضاهم في الإبدال.

ثم إذا أبدلت فقد كانت الضيافة لجميع الطارقين، فهل يُصرف البذل إلى جميع المصالح أم يختص بأهل الفئ؟، فيه وجهان. والظاهر أنه لأهل الفئ؛ لأن ذلك احتمال في الضيافة؛ لِعُسْرِ الضبط.

الواجب الثالث: الإهانة والتصغير عند الأخذ؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾^(٢). قيل: معناه أن يُطَاطى الذمى رأسه وَيَصُبَّ ما معه في كفٍّ

(١) ورد عن أبي شريح الكعبي: أن رسول الله ﷺ قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته يوم وليلة والضيافة ثلاثة أيام فما بعد ذلك فهو صدقة، ولا يحل له أن يشوي عنده حتى يخرج، أخرجه البيهقي (٦١٣٥) ومسلم (الإيمان ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٧٧) وأبو داود (٣٧٤٨) والترمذي (٢٥٠٠، ١٩٦٨) وأحمد (١٧٤/٢، ٢٠/١) وابن ماجه (٣٦٧٥) والدارمي (٩٨/٢) والبيهقي (١٨٩، ١٦٤/٥) والهيتمي (١٧٦، ١٧٧، ١٦٧/٨، ٢٧٨/١) والزبيدي في إتحاف (٣٠٦/٦، ٢٦٠، ٢٥٠/٥).

(٢) الآية [التوبة: ٢٩].

المستوفى، فيأخذ المستوفى بلحيته ويضرب في لَهَازِمِهِ^(١). وهذا مستحبٌ أو مستحقٌ؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: إنه مستحق لم يجوز له توكيلُ المسلم في التوفية، ولم يصحَّ ضمانُ المسلم للجزية؛ فإنه يجب قبولُها إذا أسلم وتسقط الإهانة. ولكن الصحيح أنه مستحب؛ إذ يجوز إسقاطُها بتضعيف الصدقة كما فعل عمر، رضى الله عنه، فإن جماعة من نصارى العرب أنفوا من اسم الجزية والصغار، فقالوا: نحن عربٌ؛ فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض - يعنى الزكاة، فقال عمر رضى الله عنه: إنها طُهْرَةٌ وَلَسْتُمْ من أهلها، فقالوا: خذ بذلك الاسم وزد ما شئت، فضعفَ عليهم الصدقةَ وحطَّ اسمَ الجزية والإهانة، ولا شك في أن المأخوذ جزيةً حتى لا تؤخذ من النساء والصبيان.

ولا بد أن يفى بقدر الجزية إذا وُزَّعَ على رعوس البالغين. وله أن يأخذ ثلاثة أمثال الصدقة. وله أن يأخذ نصفَ الصدقة إن وُفِيَ بالجزية، ولكن لا يترك الإهانة إلا لغرضٍ ظاهر.

فإن كثروا ولم يمكن عندهم لتبيين الوفاء، ففي جواز أخذه بغالب الظن وجهان والفقراء هل يدخلون في الحساب؟ يخرج على القولين في العقد. وهل يجوز ذلك مع غير العرب؟ فيه وجهان، والظاهر جوازه للمصلحة.

ثم صيغة العقد أن يقول الإمام: «ضَعَفْتُ عليكم الصدقة، فيلزمه الوفاء، فيأخذ من خمس من الإبل شاتين، ومن عشر أربع شياو، ومن خمس وعشرين بنتى مخاض، ولا يضعف المال فيجعله كالخمسين، ويأخذ حقه، بل نُضَعَّفَ الصدقة. ونأخذ الخمس مما

(١) اللُّهْزِمَةُ عظم تأتي في اللحي تحت الحنك. المعجم الوسيط (٨٤٢/٢) قلت: ولقد بحثت عن دليل لهذا الفعل الذي تأباه مروعة الشريعة الإسلامية مع معاهديها وأهل ذمتها فلم أجد لذلك أصلاً يعتمد هذا الفعل، وأكاد أحزم باستحالة وجوده لما يصطدم ذلك مع نصوص الشريعة التي تبرز وتحسن إلى معاهديها ومسلميها وتقسط إليهم.

ورجحت في روضة الطالبين (٣١٦، ٣١٥/١٠) كلاماً للإمام النووي نصه «هذه الهيئة المذكورة لا نعلم لها على هذا الوجه أصلاً معتمداً. وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين. وقال جمهور الأصحاب: تؤخذ الجزية برفق، كأخذ الدين، فالصواب: الجزم بأن هذه الهيئة باطلة مردودة على من اخترعها، ولم ينقل أن النبي ﷺ ولا أحد من الخلفاء الراشدين فعل شيئاً منها مع أحدهم الجزية، وقد قال الرافعي، رحمه الله، في أول كتاب الجزية: الأصح عند الأصحاب: تفسير الصغار بالتزام أحكام الإسلام وجريانها عليهم، وقالوا: أشد الصغار على المرء أن يُحكم عليه بما لا يعتقد ويضطر إلى احتماله». اهـ.

سَقَّتْهُ السَّمَاءُ، وَالْعُشْرَ مِمَّا سَقَى بِدَالِيَةٍ، وَمِنْ عَشْرِينَ دِينَارًا: دِينَارًا. وَاخْتَلَفُوا فِي مَسْأَلَتَيْنِ:

أَحَدَاهُمَا: أَنَّهُ هَلْ يَحِطُّ لَهُمُ الْوَقْصُ^(١)؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَحِطُّ كَالصَّدَقَةِ. وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ عَنِ الْمُسْلِمِينَ. وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ يَأْخُذُ إِنْ لَمْ يُوَدَّ إِلَى التَّجْزِئَةِ، فَيَأْخُذُ مِنْ سَبْعَةٍ وَنِصْفٍ مِنَ الْإِبِلِ ثَلَاثَ شِئَاءٍ. وَقَدْ حُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: يَأْخُذُ مِنْ عَشْرِينَ شَاةً: شَاةً، وَمِنْ مِائَةِ دِرْهَمٍ: خَمْسَةَ دِرَاهِمٍ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ مَلَكَ سِتًّا وَثَلَاثِينَ مِنَ الْإِبِلِ، وَلَيْسَ فِي مَالِهِ بَنْتٌ كَبُونٌ، فَيَأْخُذُ بِبَنَتِي مَخَاضٍ وَجَبْرَانِينَ، لِكُلِّ جَبْرَانٍ وَاحِدَ شَاتَيْنِ، أَوْ عَشْرِينَ دِرْهَمًا. وَلَا يَضَعُفُ الْجَبْرَانُ ثَانِيًا. وَمَنْ قَالَ بِذَلِكَ فَقَدْ غَلَطَ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَخْرَجَ حَقَّتَيْنِ، فَعَلَى الْإِمَامِ الْجَبْرَانُ.

الْوَاجِبُ الرَّابِعُ: الْعُشْرُ مِنَ الْبِضَاعَةِ الَّتِي مَعَ تَجَارِهِمْ إِذَا تَرَدَّدُوا فِي بِلَادِنَا. وَالنَّظَرُ فِيمَنْ يُعْشَرُ مَالُهُ، وَفِي قَدْرِ الْمَأْخُوذِ.

أَمَّا مَنْ يُؤْخَذُ مِنْهُ، فَهُوَ كُلُّ حَرْبِيٍّ يَتَجَرُّ فِي بِلَادِنَا، ضَرَبَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَيْهِمُ الْعَشْرَ. أَمَّا الذَّمَّى فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِذَا اتَّجَرَ، وَلَا عَلَى الْحَرْبِيِّ إِذَا دَخَلَ لِسَفَارَةٍ أَوْ سَمَاعٍ كَلَامَ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا لَوْ تَرَدَّدَ فِي الْحِجَازِ، لَا لِلتَّجَارَةِ، فَقَدْ أَخَذَ شَيْءٌ مِنْهُ خِلَافٌ، فَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَعَشِيرُ مَالِهِ.

وَلَا يَدُ مِنَ تَعْظِيمِ الْحِجَازِ فَيُؤْخَذُ دِينَارًا، وَهُوَ أَقَلُّ الْجَزْيَةِ. وَالذَّمَّى إِذَا اتَّجَرَ فِي الْحِجَازِ، أَخِذَ مِنْهُ نِصْفُ الْعَشْرِ، كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ثُمَّ هَذَا إِذَا جَرَى الشَّرْطُ وَقَبِلُوا، فَإِنْ دَخَلُوا بِأَمَانٍ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، فَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ. وَالثَّانِي: أَنْ قَضَاءُ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، بِذَلِكَ قَضَاءٌ عَلَى مَنْ سَيَكُونُ مِنْهُمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ؛ فَيُتَّبَعُ.

أَمَّا الْمَقْدَارُ، فَلَا مَزِيدَ عَلَى الْعَشْرِ. وَقِيلَ: لِلْإِمَامِ أَنْ يَزِيدَ إِنْ رَأَى. وَأَمَّا النِّقْصَانُ فَجَائِزٌ إِلَى نِصْفِ الْعَشْرِ، وَذَلِكَ فِي الْمِيرَةِ^(٢) وَكُلِّ مَا يَحْتَاجُ الْمُسْلِمُونَ إِلَى كَثْرَةِ الْمَكَاسِبِ فِيهِ، كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَوْ رَأَى رَفَعَ هَذِهِ الضَّرِيَّةَ أَصْلًا، فَقِيهِ وَجْهَانِ:

(١) الْوَقْصُ: الْعَيْبُ وَالنَّقْصُ. وَالْوَقْصُ: لَفَةٌ فِي الْوَقْصِ. وَالْوَقْصُ: كُسَارُ الْعِيدَانِ يُلْقَى فِي النَّارِ لِيرِيدِهَا اشْتِعَالًا. وَالْوَقْصُ وَاحِدُ الْأَرْقَاصِ فِي الصَّدَقَةِ، وَهُوَ مَا بَيْنَ الْفَرِيضَتَيْنِ، نَحْوُ أَنْ تَبْلُغَ الْإِسْلَ خَمْسًا فِيهَا شَاةٌ وَلَا شَيْءٌ فِي الزِّيَادَةِ حَتَّى تَبْلُغَ عَشْرًا؛ فَمَا بَيْنَ الْخَمْسِ إِلَى الْعَشْرِ وَقْصٌ. وَبَعْضُ الْعُلَمَاءِ يَجْعَلُ الْوَقْصَ فِي الْبَقْرِ خَاصَّةً. انْظُرِ الْمُعْجَمَ الْوَسِيطَ (١٠٤٩/٢، ١٠٥٠).

(٢) الْمِيرَةُ: الطَّعَامُ، وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ عَنْهَا، وَعَنْ بَنْتِ اللَّبُونِ، وَبَنْتِ مَخَاضٍ فِي كِتَابِ الرِّكَاءِ.

أحدهما: أنه لا بُدَّ من قبول شيء. والثاني: أنَّ هذا الجنس يتبع فيه المصلحة؛ إذ عُمُرُ، رضى الله عنه، فعل ذلك برأيه واستصوابه، وقد يتغيَّرُ الصوابُ.

ثم إذا أخذ العشر مرةً، فلا يأخذه ثانياً فى تلك السنة، بل يُعطى جوازاً حتى لا يطالبه عشراً أصلاً، إلا إذا جوزنا الزيادة، فعند ذلك يجوز أخذه فى دفعات.

أما إذا جرى ترديدُ مال واحد إلى الحجاز فى سنة واحدة، فهل يكرر العشر لتعظيم الحجاز؟ فيه خلاف. وهذا إذا خرج من الحجاز وعاد، وما دام يتردد فيه فلا، ولو بذل اللسان - عند المشاركة - بزيادة، فالظاهر أنه لا يلزم؛ إذ ليس ذلك عقداً أصلياً بخلاف عقد الجزية.

الواجب الخامس: الخراج: وذلك قد يكون أجرة؛ فلا يسقط بالإسلام، كما إذا ملكنا أراضيهم، ثم ردّناها إليهم بخراج كما فعله عمر رضى الله عنه، وهذا واجب وراء الجزية. أما إذا صالحناهم على عقارهم بخراج يؤدونه، فملكهم مُطَرِّد، والمأخوذ فى حكم جزية. ومن أسلم سقط الخراج عنه فى المستقبل خلافاً لأبى حنيفة رحمه الله.

النظر الثانى: فى أحكام عقد الذمة

وهو يقتضى وجوباً علينا وعليهم، أما ما علينا فيرجع إلى أمرين: الكف عنهم، وذب الكفار عنهم.

أما الكف: فمعناه: أنا لا نتعرض لأنفسهم ومالهم، ونعصمهم بالضمان، ولا نريق حمورهم، ولا نتلف خنازيرهم ما داموا يُخفونهم، ولا نمنعهم من التردد إلى كنائسهم القديمة، ولو أظهروا الخمر أرقناها. ومن دخل دارهم وأرقها فقد تعدّى ولا ضمان عندنا خلافاً لأبى حنيفة رحمه الله، ولو غصبها، وجبّ مئونة الرد، وفيه وجه: أنه لا يجب إلا التخلية. ولو باع حمراً من مسلم، أريق على المسلم ولا ثَمَنَ للذمى، والظاهر أنه يجب ردُّ الخمر المحترمة على المسلم إذا غصب.

أما الذب عنهم، فمعناه: دفع الكفار عنهم ما داموا فى دارنا، وهو ذب عن الدار، ولو دخلوا دار الحرب فلا مطمع للذب. ولو انفردوا ببلدة غير متصلة ببلاد الإسلام، ففى وجوب ذب أهل الحرب عنهم وجهان: أحدهما: أنه لا يجب؛ إذ لم نلتزم إلا الكف. والثانى: أنه يجب؛ إذ بذلوا الجزية لتسلك بهم مسلك أهل الإسلام. فعلى هذا، لو شرطنا أن لا نذب عنهم لم يلزمنا. ومنهم من ألغى هذا الشرط.

وعلى الأول، لو شرطنا الذب، لزمنا، ومنهم من ألغى هذا الشرط. وكذلك لو ترفعوا إلينا، هل يجب الحكم بينهم؟، فيه خلاف، ويرجع حاصله إلى دفع أذى بعضهم عن بعض.

أما الواجب عليهم، فهو الوفاء بالجزية، والانتقياد للأحكام، والكفّ عن الفواحش، وعن بناء الكنائس، ومطاولَةِ المسلمين بالبنيان، والتجملِ بترك الغيار، وركوب الخيول، وسلوكِ جادة الطرق، هذه مجامعُها:

الأول: حكم الكنائس، وتفصيله أن للبلاد ثلاثة أحوالٍ:

الأولى: بلدةٌ بناها المسلمون؛ فلا يكون فيها كنيسةٌ. وإذا دخلوا وقبلوا الجزية، مُنِعُوا من إحداثِ الكنائس قطعاً. وفي معناها بلدةٌ ملك المسلمون عليهم رقبتهَا قهراً، فإنه ينقض كنائسهم لا محالة. ولو أراد الإمام أن ينزل منهم طائفةً بجزيةٍ ويترك لهم كنيسةً قديمةً، قطع المرازمة بالمنع، وذكر العراقيون وجهاً في جوازه. أما الإحداث، فلا خلاف في المنع.

الثانية: بلدةٌ فتحناها صلحاً على أن تكون رقبَةً الأبنية للمسلمين، وهم يسكنونها بخراجٍ يذلونه سوى الجزية. فإن استثنى في الصلح البيع والكنائس، لم تنقض، وإن أطلق فوجهان: أحدهما: أنها تنقض؛ لأنها ملكُ المسلمين، فلهم التصرفُ في ملكهم. والثاني: لا؛ وفاءً بشرط التقرير، فإنه يمنع عليهم القرار من غير متعبدٍ جامع.

الثالثة: أن تُفتح على أن تكون الرقابُ لهم ويضرب عليهم الخراج، فهذه بلدتهم، وليس عليهم نقضُ الكنائس. ولو أخذوا كنائسَ فالذهبُ أنهم لا يُمنعون. وقيل: يمنع؛ لأنها على الجملة تحت حكم الإسلام. ولا خلاف أنهم لا يُمنعون من ضربِ الناقوس وإظهارِ الخمر وإن كان المسلمون يدخلون على الجملة؛ لأنها كعقَر دارهم، ولا تتعرض لما يجرى في دُورهم.

فروع: حيث قضينا بإبقاء كنيسة قديمة والمنع من الإحداث، فلا نمنعهم من العمارة إذا استرمت، والأصحُّ أنا لا نُكَلِّفهم إخفاءَ العمارة. وقيل: يجب الإخفاء حتى لو زال الجدارُ الخارجُ، فلا وجهٌ إلا بناء جدارٍ داخلِ الكنيسة.

نعم، لو انهدمت الكنيسةُ ففي إعادتها وجهان؛ من حيث إنَّ هذا كالأحداث من وجه، وإن قلنا: لهم الإعادة، ففي جوازِ زيادةٍ في الخطئة وجهان، أصحُّهما المنع؛ لأنَّ هذا إحداثٌ.

وأما النواقيس، فإننا نمنعهم في كنائسهم أن يَظهر صوته، فهو كإظهارِ الخمر. وقيل: لا يُمنع؛ فإنه تابعٌ للكنيسة.

الواجب الثاني: ترك مطاولَةِ البنيان، فلو بنى داراً أرفعَ من دار جاره: مُنِع، ولو كان

مثله فوجهان. ولو لم يكن يجنبه إلا حجرة ضعيفة منخفضة فعليه أن لا يعلوها بنيانه. ولو كان في طرف بلدٍ حيث لا جار، أو كانت لهم حلة: فلا معنى للمطاوله؛ فلا حجر. وقيل: إنهم على الجملة يُمنعون من رفع فيه تحمّل.

وهذا كله في البناء. فلو اشترى داراً مرتفعة لم يُنقض بناؤها. وهذا المنع، مستحب أو حتم؟ فيه وجهان.

الواجب الثالث: يُمنعون من التحمّل بركوب الخيل، ولا يُمنعون من الحمار النيس، وليكن ركائبهم من الخشب. وقال الشيخ أبو محمد: لا يُمنع من الفرس الخسيس كالقبيات، ويُمنع من البغال الغرّ.

الواجب الرابع: لابد من الغيار، ولو الصفرة باليهود أليق، والكهبة بالنصارى، والسواد بالمجوس. والمقصود أن يتميزوا حتى لا نسلّم عليهم. ويضطرون إلى أضيق الطرق، ويُمنعون من سرّارة الجادة إذا كانت مشغولة بالمسلمين، وإن كانت خالية فلا منع. ويُخرج الكافر من الحمام إذا لم يكن عليهم غيار، لأنه ربما ينحس الماء من حيث لا نعرف. والمرأة، هل يلزمها الغيار في الحمام وخارجه؟ فيه وجهان. ثم أصل الغيار وترك ركوب الخيل، حتم أو مستحب؟ فيه وجهان.

الواجب الخامس: الانقياد للأحكام، بأن يُذعن للحدّ والضمان إذا تعلقت الخصومة بمسلم، أو زنا بمسلمة، أو سرّق مال مسلم. أما ما لا يتعلق بمسلم ولم يعتدّ تحرّمه فلا يحدّ على الصحيح فيه. كالشرب، وما اعتدّ تحرّمه وترافعوا إلينا وجبّ عليهم الانقياد. فإن قيل: فلو خالفوا في شيء من هذه الجملة، فهل يُنتقض عهدهم؟ قلنا: هذه الأمور على ثلاث مراتب:

الأولى: وهي أخفها: إظهار الخمر، وضرب الناقوس، وترك الغيار، وإظهار معتقدهم في المسيح عليه السلام، وفي الله تعالى بأنه ثالث ثلاثة وما يُضاهيه مما لا ضرر على المسلمين فيه: فلا يُنتقض به العهد، بل نُعزّزهم. ولو شرط الإمام انتقاض العهد بذلك، قال الأصحاب: يُحمّل على التخويف شرطه ولا يُنتقض به.

الرتبة الثانية: وهي أغلظها: القتال، ومنع الجزية والأحكام، والمشهور أن العهد يُنتقض بهذه الثلاث، وهو ظاهر في القتال.

أما منع الجزية، فلا يبعد أن يُجعل كمنع الديون فيستوفى قهراً، ولا يتعد من حيث إنه ركن الأمان، فكأنّ منعه إسقاط أمانه بخلاف سائر الديون. ويحتمل أن يكون مراد

الأصحاب منه أن يكون المنع بالتغلب فيؤدى إلى القتال.

وأما منع الحكم، فلا ينبغي أن ينقض إن كان بالهرب، فإن كان بتمرد حملناه عليه، وإن أدى إلى القتال: انتقض عهده. وعلى الجملة لا يظهر انتقاض العهد إلا بالقتال.

الرتبة الثالثة: ما هو محظور، وفيه على المسلمين ضرر، كالزنا بالمسلمة والتطلع على عورات المسلمين، أو افتتان المسلم عن دينه، ففي هذه الثلاثة ثلاثة أوجه: أحدها: أنه ينقض العهد كالقتال. والثاني: لا ينقض، بل يعاقبون عليها كإظهار الخمر. والثالث: أنه إذا جرى شرط الانتقاض: انتقض، وإلا فلا.

وأما قطع الطريق، والقتل الموجب للقصاص، فمنهم من قال: هو من هذا القسم. ومنهم من قطع بإخاقه بالقتال. وكذلك في تعرضهم لرسول الله ﷺ بالسوء طريقان، ومنهم من قال: كالقتال، ومنهم من قال: على الأوجه الثلاثة.

أما إذا كان الطعن على وفق اعتقادهم كقولهم: إنه ليس رسول الله، والقرآن ليس بمنزل، فهذا كقولهم: إن الله ثالث ثلاثة. وإنما الخلاف في السب والطعن في النسب وما لا يوافق عقيدتهم.

فإن قيل: وما حكم انتقاض العهد؟ قلنا: أما في القتال، فحكمه الاغتيال، وأما في الرتبة الثالثة فقولان: أحدهما: الاغتيال، وصار العهد كالمعدوم. والثاني: أننا نلحقهم بالمأمن ولا اغتيال.

ولو نبذ الذمى عهده إلينا من غير جنابة، فالصحيح أنه يلحق بالمأمن. وقيل: يخرج على القولين إذا كان يقدر على الخروج من غير مجاهرة بنقض العهد.

فإن قيل: فالمسلم، إن طوّل لسانه في الرسول فما حكمه؟ قلنا: إن كذب عليه عذر، وإن كذبه فهو مرتد فيقتل إلا أن يتوب. وكذلك كل تعرض فيه استهزاء فهو ردة. ولو نسبته إلى الزنا، فهذا القذف كفر بالاتفاق، فلو تاب ففيه ثلاثة أوجه: أحدها - وهو اختيار الفارسي - أنه يقتل؛ إذ حدّ قذف الرسول قتل فلا يسقط الحد بالتوبة، وفي الخبر: «من سب نبيًا فاقتلوه»، ومن سب أصحابه فاجلدوه»^(١)، والثاني -

(١) هذا الحديث مجموع من حديثين الأول بلفظ من سب الأنبياء قتل، أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٠/٦) وللتقي في كنز العمال (٣٢٤٧٨) وعلى القارى في الأسرار المرفوعة (٢١٤) والشيخ الألباني في السلسلة الضعيفة (٢٠٦).

واللفظ الثاني من سب أحدًا من أصحابي فاجلدوه، أخرجه الهيثمي (٢١/١٠) والمتقى الهندي (٣٢٥٤١).

وهو اختيار القفال والأستاذ أبي إسحاق - أنه لا شيء عليه؛ لأن القتل صار مغموراً في الكفر؛ فيسقط أثره بالإسلام. والثالث: وهو الذي ذكره الصيدلاني، رحمه الله، أن يسقط القتل وتبقى ثمانون جلدة للحد. وهذا يلزمه أن يُجْلَدَ قبل القتل - إذا لم يُتَبَّ كالمترد إذا قُذِف. والالتفات إلى هذا القياس الجروى في مثل هذا المقام، بعيد.

ثم إن قلنا: ثبت حد القذف، فلو عفا واحدٌ من بنى أعمامه، ينبغي أن يسقط أو نقول: هم لا ينحصرون، فهو كقذف ميتٍ لا وارث له.

وكذلك في قتل مثله قولان: أحدهما: أنه لا قصاص؛ إذ في المسلمين صبيان، ولأنه إن وجب على الإمام الاستيفاء: ضاهى الحد، وبطل خصية القصاص. وإن جاز له العفو، فهو بعيد. والثاني: أنه يجب؛ إذ يؤدي إلى إبطال عصمة من لا وارث له، فينقح أيضاً القولان في قذف من لا وارث له.

العقد الثاني مع الكفار: المهادنة

والنظر في شروطه وأحكامه: أما الشروط فأربعة:

الأول: أن هذا العقد لا يتولاه إلا الإمام؛ لأنه يرجع حاصله إلى صلح جمع من الكفار على ترك قتالهم والكف عنهم من غير مال. نعم؛ للآحاد الولاة عقد ذلك مع أهل القرى والأطراف المتعلقة بهم، فأما مهادنة إقليم، كالهند والروم، فليس إلا للإمام. الشرط الثاني: أن يكون للمسلمين إلى ذلك حاجة، فإن لم تكن حاجة ولا مضرة، وطلبوا ذلك: لم يجب على الإمام الإجابة على الصحيح، بل يتبع الأصلح. وفيه وجه مخرج: أنه تجب الإجابة. وفي الجزية وجه مخرج من المهادنة: أنه لا تجب الإجابة. والوجهان ضعيفان، والصحيح الفرق؛ فإن عقد الذمة كف بمالٍ وهذه مسامحة.

الشرط الثالث: أن يخلو العقد عن شرط يأباه المسلم، كما لو شرط أن يترك في أيديهم مال مسلم، أو شرط أن يرد عليهم أسيراً مسلماً أقلت منهم، أو شرط لهم الأسير على المسلمين مالاً، فكل ذلك فاسدٌ مُفسِد. نعم، لو كان على المسلمين خوف، جاز التزام مالٍ لدفع الشر، كما يجوز فداء الأسير المسلم إذا عجزنا عن انتزاعه مجاناً.

الشرط الرابع: المدة. وهو يتقدر بأربعة أشهر إن لم يكن بالمسلمين ضعف، وهو مدة السياحة، قال الله تعالى: ﴿فَسَبِّحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾.

ولا يجوز أن تبلغ سنة. وهذه المدة للجزية؛ لأن الكف سنة إنما جاز بعوض، أما فيما

دون السنة، وفوق أربعة أشهر، فقولان: أحدهما: الجواز؛ للقصور عن مدة الجزية، وهذا يُستمد من قولنا: إنَّ طَلَبَ قسطنطين من الجزية في بعض السنة، لا يجوز. والثاني: المنع؛ للزيادة على مدة التسريح.

أما إذا كان بالمسلمين ضعفٌ وخوفٌ، جازت المهادنة عشر سنين؛ هادن رسول الله ﷺ أهل مكة عشر سنين^(١)، ولا مزيد عليه. وفيه وجه: أنه يجوز الزيادة بالمصلحة.

فرع: لو أطلق الإمام المهادنة، ولم يذكر المدة، فالصحيح أنها فاسدة. وقال الفوراني: في حال القوة وجهان: أحدهما: أنه يُنزَل على الأقل. والثاني: على الأكثر، وهو ما يُقارب السنة.

وإن كان في حالة الضعف، فَيُنَزَل على عشر سنين؛ إذا لا يتقدَّر أقله، وسببه أن مقتضى المطلق التأييد، فنحذف ما يزيد على المدة الشرعية.

ولو صرَّح بالزيادة على المدة، فالزيادة مردودة، وفي صحتها في المدة قولاً تفريق الصفقة، وأصحهما الصحة؛ إذ ليس فيها عوضٌ تحدد جهالته.

ثم حكم الفاسد أن نذرهم ولا نغتالهم. وحكم الصحيح وجوب الكف عنهم إلى انقضاء المدة، أو إلى جناية تصلُّر منهم تناقض العهد؛ فنغتالهم إن علموا أنه جناية. وإن لم يعلموا، ففي اغتيالهم من غير إنذار وجهان.

ولو بنينا تطويل المدة على خوف، لم ترتفع بزوال الخوف، بل لا بد من الوفاء. ولو استشعر الإمام جناية، فله أن ينبذ إليهم عهدهم بالثُّمَّة، وذلك لا يجوز في الجزية. نعم، لا يتبدى عقد الجزية مع التهمة.

النظر الثاني: في أحكام العقد

وحكمه الوفاء بالشرط. والمعتاد في الشرط أن يقول: صالحناكم على أن من جاءكم من المسلمين رددموه، ومن جاءنا منكم رددناه. ولا يجوز شرط رد المرأة إذا جاءت مسلمة، ويجوز رد الرجل المسلم والمرأة الكافرة، ولما هادن رسول الله ﷺ سهيل بن عمرو وعيينة بن حصن قال: «مَنْ جاءكم مِنَّا فَسُحْقًا سَحَقًا، وَمَنْ جاءنا منكم رَدُّنَاهُ»، ثم جاء أبو جندل ابن سهيل مُسْلِمًا، فردّه رسول الله ﷺ على أبيه، فولّى باكيًا فقال: «إن الله تعالى يجعل لك مخلصًا»، فقال عمر، رضى الله عنه: إن دم الكافر عند الله كدم كلب، كالتعريض له بقتل أبيه، ثم جاء أبو بصير مسلمًا، وجاء في طلبه رجلان، فردّه

(١) انظر ذلك في حديث البراء بن عازب، الذي أخرجه البخاري (٢٧٠٠) ومسلم (١٧٨٣).

عليهما فقتل أحدهما، وأُفْلِتَ الآخرُ، قال عليه السلام: مِسْتَعْرُ حَرْبٍ لَوْ وَجَدَ أَعْوَانًا^(١)!!، كالتعريض له بالامتناع. وهذا يدل على أن الرجوعَ غيرُ واجب عليه إذ لم يَجْرِ الشرطُ معه، وإنما الرُدُّ يجب علينا^(٢)؛ فجازَ تعريفه بالتعريض دون التصريح، ولأن أبا بصير رجع مع أحد الرجلين، وقَتَلَ الآخرَ، فلم يُنكَر رسولُ الله ﷺ ذلك. ويحتمل أن يقال: للذي أسلم بينهم أن يقتلهم إن قدر؛ إذ لم يَجْرِ الشرطُ معه، ويدلُّ عليه تعريضُ عمر رضي الله عنه، ويحتمل أن يقال: لا يجوز؛ إذ شَرَطُ الإسلامِ يتناولُه، وكذلك إذا استقرَّ في دارنا لزمه الكفُّ عنهم، وعلى هذا، هل يُحْمَلُ تعريضُ عمر، رضي الله عنه، على تَصَلُّبٍ؟ ولكن تركُّ الإنكار من رسول الله ﷺ لا يَتَّقَى له رجعةٌ إلا أن يقال: إن الرجوع غيرُ واجبٍ، فيجوز القتلُ في دَفْعِ مَنْ يكلفه الرجوعُ.

ثم نزل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾^(٣) فاختلف في أن النسوة، هل كُنَّ مندرجاتٍ تحت قوله: «من جاءنا منكم رَدَدْنَاهُ» فوردت الآية ناسخة^(٤)، أو وردت الآية مخصصة للعموم الظاهر.

(١) هذا كله أخذه الإمام الغزالي من حديث طویل أخرجه البخاري (٢٧٣١، ٢٧٣٢). ومسلم (١٧٨٤)

(٢) إنما وجب الرُدُّ على الجماعة لأنها هي التي أبرمت الصلح فوجب الالتزام بشروطه أما الفرد الذي لم يكن مع الجماعة لم يلزمه الالتزام بشروط الصلح أو للمهادنة وعليه أن يتمتع من الرُدِّ إلى الكفار بكل وسيلة، وهذا يسميه العلماء «يسع الفرد ما لا يسع الجماعة»، وفي قصة صلح الحديبية دليل على ذلك كما بين المصنف فإن الرسول ﷺ وهو على رأس جماعته بعدما أبرم الصلح مع قريش لم يسعه أن يأوي ويحمي إليه أبا بصير، فأخذ المشركون أبا بصير ولكنه أفلت منهم وأخذ يقطع الطريق على قوافل قريش وكان فعله مؤثراً ومضايقاً للمشركين، وسائفاً له أن يفعل له عدم ارتباطه بما ارتبطت به الجماعة.

وقد فقه المسلمون هذا المعنى فلم يطلبوا من رسول الله ﷺ أن يشركوا مع أبي بصير في عمله النافع لأنهم أفراد في جماعة المسلمين يلتزمون بما تلتزم به الجماعة. بينما كان أبو بصير مسلماً سائياً والفرد السائب يسعه ما لا يسع الفرد في الجماعة، ويدل على أن الفرد في الجماعة لا يسعه ما يسع الفرد السائب. إرسال رسول الله ﷺ حذيفة بن اليمان ليطلع على ما عند المشركين في حرب الخندق، قال حذيفة: لقد أمكنتني أن أقتل أبا سفيان ولكن لم أفعل لأن رسول الله ﷺ أمرني أن لا أحدث شيئاً حتى آتية. انظر سيرة ابن هشام (٢/١٨٦، ١٨٧، ٢٧١) وأصول الدعوة للدكتور عبد الكريم زيدان (رقم ٧٢٤).

(٣) الآية [لمتحنة: ١٠].

(٤) اشتقاق النسخ من شيئين. أحدها يقال نسخت الشمس الظل إذا أزالته وحلت محله ونظير هذا «فينسخ الله ما يلقي الشيطان».. والآخر من نسخت الكتاب إذا أنقلته من نسخته وعلى هذا =

وعلى هذا ترددوا في أنه، عليه السلام، عرف الخصوص فأَوْهَمَ العموم، أو ظَنَّهُ عاماً حتى تبيّن له؟

وقد أفادت الآية مَنْعَ رَدِّهَا ووجوبَ صداقتها. واختلف قول الشافعي، رضي الله عنه، في علة وجوب الصداق عليه، فقال في قول: لا يجب؛ لأنه التزم ردهن، ثم نسخ، فخالف، فغرم، وعلى هذا يقتصر الغرم عليه ولا يلزمنا؛ فإننا لا نلتزم رَدَّ المسلمة، ولو التزمنا فَسَدَ الشرط.

وهل تفسد المهادنة بالشرط الفاسد، أم تلغى؟ فيه ترددٌ كترددنا في الوقف، أنه هل يفسد بالشرط الفاسد؟

والقول الثاني: أنه وَجَبَ؛ لأنه أوهم بالعموم رَدِّهَا. فعلى هذا، إِنْ عَمَمْنَا وَأَوْهَمْنَا، لَمْ تَرُدَّهَا وَغَرِمْنَا، وَإِنْ أَطْلَقْنَا الْعَقْدَ أَوْ صَرَحْنَا بِأَنَّهَا لَا تُرَدُّ، فَلَا غُرْمَ.

ومنهم من أوجب الغُرْمَ في المهادنة المطلقة وقال: إطلاقها أيضاً مرهوم.

ويتشعب عن التفريع على إيجاب الغرم: النظر في سبب الغرم، ومصرفه، وقدره.

أما السبب: فهو المنع عن الزوج بَعْلَةَ الإسلام. واحترزنا (بالمنع) عما إذا جاءت ولم تُطَلَّبْ؛ إذ لا يجب الردُّ، فلا غرم، وكذلك كل كافر وكافرة لا طالبَ له، وَمَنْ لَهُ طالبٌ، فليس علينا الردُّ، لكننا لا نمنع مَنْ يَسْتَرْجِعُهُ.

وقولنا: (من الزوج) احترزنا به عما لو طَلَبَهَا أبوها، أو أقاربها، فلا نَرُدُّ ولا نغرم؛ لأن الزوج هو المستحقُّ.

وقولنا: (بَعْلَةَ الإسلام) أردنا به أنها لو ماتت أو قتلت قبل الطلب، فلا غرم إذ لا مَنْعٌ. أما إذا قُتِلَتْ بعد الطلب، وَجَبَ الْقصاصُ على القاتل مع الصداق. ويُحتمل عندى

«الناسخ والمنسوخ.. وأصله أن يكون الشيء حلالاً إلى مدة ثم ينسخ فيجعل حراماً أو يكون حراماً فيجعل حلالاً أو يكون محظوراً فيجعل مباحاً أو يكون مباحاً فيجعل محظوراً يكون في الأمر والنهى والحظر والإطلاق والإباحة والمنع. اهـ. قاله أبو جعفر الحاس في الناسخ والمنسوخ (ص ١٤). وانظر: إرشاد الفحول للشوكاني (ص ١٨٣)، قال أبو جعفر في الآية السابقة - ١٠ - الممتحة. نسخ الله على قول جماعة من العلماء ما كان النبي ﷺ عاهد عليه قريشاً أنه إذا جاءه أحد منهم مسلماً رده إليهم فنقض الله هذا في النساء ونسخه وأمر المؤمنين إذا جاءتهم امرأة مسلمة مهاجرة أن يحتنوها فإن كانت مؤمنة على الحقيقة لم يردوها إليهم. واحتج من قال بهذا بأن القرآن ينسخ السنة... ومنهم من قال هذا كله منسوخ في الرجال والنساء ولا يجوز للإمام أن يهادن الكفار على أنه من جاءه منهم مسلماً رده إليهم لأنه لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقيم مسلم بأرض الشرك.. تجرى عليه أحكام الشرك. انظر: الناسخ والمنسوخ (ص ٢٢٦).

أَنْ يُقَالَ: الْغَرَمُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ حَالُ الطَّلَبِ وَاجِبٌ شَرْعًا، وَالْقَتْلُ وَاقِعٌ بِهِ اسْتِحْقَاقُ الْمَنْعِ، فَلَمْ تُقَوِّتْ رَدًّا مُمْكِنًا، بَلْ رَدًّا مُمْتَنَعًا شَرْعًا.

وَلَوْ غَرَمْنَا، فَأَسْلَمَ الزَّوْجُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ اسْتَرَدَدْنَا؛ إِذِ النِّكَاحُ يَبْقَى. وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، لَمْ نَسْتَرِدَّ.

وَلَوْ طَلَقَهَا، ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَهِيَ مَنْكُوحَةٌ رَجْعِيَّةٌ، قَالَ الشَّافِعِيُّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا نَغْرَمُ إِنْ لَمْ يَرَاكِعْ، لِأَنَّ الْفِرَاقَ بِالطَّلَاقِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، وَهُوَ الْأَقْيَسُ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْغَرَمَ؛ لِأَنَّ الرِّجْعِيَّةَ مَنْكُوحَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَرَاكِعْهَا فَلَا مَعْنَى لِرَجْعَتِهِ مَعَ إِسْلَامِهَا.

أَمَّا الْمَالُ، فَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي بَذَلَهُ الزَّوْجُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مَا أَتَفَقَّوْا﴾ (١) فَإِنْ كَانَ قَدْ سَلَّمَ بَعْضَ الصَّدَاقِ، لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا ذَاكَ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ شَيْئًا، أَوْ سَلَّمَ حُمْرًا - أَوْ خَنْزِيرًا - لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا. وَإِنْ أَخَذَتْ، وَوَهَبَتْ مِنْهُ، فَقَوْلَانِ كَمَا فِي التَّشْطِيرِ بِالطَّلَاقِ. وَلَوْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ قَبْضِ الصَّدَاقِ وَبَعْدَ الْمَسِيسِ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ بَعْدَ الْعِدَّةِ، أَوْ قَبْلَ الْجَزِيَّةِ: فَهِيَ مَطَالِبَتُهُ بِالْمَهْرِ لِأَجْلِ الْمَسِيسِ؛ إِذِ الظَّاهِرُ صَحَّةُ أَنْكَاحِهِمْ. فَإِذَا غَرِمَ لَهَا، فَهَلْ نَغْرَمُ لَهُ مَا غَرِمَ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ حَيْثُ كَانَ أَهْلًا لِلطَّلَبِ، لَمْ يَكُنْ قَدْ بَذَلَ شَيْئًا.

ثُمَّ لَا نَقْبَلُ بِمَجْرَدِ قَوْلِهِ: سَلَّمْتُ الصَّدَاقَ. فَإِنْ أَقَرَّتْ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّصَدِيقِ؛ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ الْحُجَّةِ.

وَأَمَّا الْمَغْرُومُ فِيهِ، فَهُوَ الْبَضْعُ، وَالْمَالِيَّةُ فِي الرِّقِيقَةِ. وَلَوْ دَخَلَتْ كَافِرَةٌ ثُمَّ أَسْلَمَتْ، فَلَا أَصَحَّ وَجُوبَ الْغَرَمِ؛ كَمَا لَوْ أَسْلَمَتْ ثُمَّ دَخَلَتْ. وَلَوْ دَخَلَتْ مُسْلِمَةً، ثُمَّ ارْتَدَّتْ، فَلَا نَرُدُّهَا؛ لِعَلَّةِ الْإِسْلَامِ. وَفِي وَجُوبِ الْغَرَمِ وَجْهَانِ، إِذْ لَا قِيَمَةَ لِبَضْعِهَا، وَالْأَصَحُّ الْوَجُوبُ. فَإِنْ دَخَلَتْ بِمَجْنُونَةٍ، لَمْ نَرُدَّ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا أَسْلَمَتْ قَبْلَ الْجَنُونِ، وَلَا نَغْرَمُ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا لَمْ تُسَلِّمْ، فَنَأْخُذُ بِالْيَقِينِ فِي الطَّرْفَيْنِ.

وَالصَّبِيَّةُ إِذَا أَسْلَمَتْ وَقَلْنَا: يَصِحُّ إِسْلَامُهَا؛ فَكَالْبَالِغَةِ. وَإِنْ لَمْ نَصَحِّحْ فَلَا نَرُدَّ؛ لِحُرْمَةِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّا نَحُولُ بَيْنَ الصَّبِيِّ الْمُسْلِمِ وَبَيْنَ أَبِيهِ. وَإِنْ مَنَعْنَاهَا فَالصَّحِيحُ الْغَرَمُ. وَقِيلَ: إِنَّهَا كَالْمَجْنُونَةِ. وَقِيلَ: إِنَّهَا تُرَدُّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَالرِّقِيقَةُ يَمْتَنَعُ رَدُّهَا، وَتَحِبُّ قِيَمَتُهَا لِسَيِّدِهَا، لَا مَا بَذَلَ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ تَقْوِيمُهُ سَهْلٌ، وَإِنَّمَا الْعَدُولُ إِلَى مَا أَتَّفَقَ فِي الصَّدَاقِ بِنَصِّ الْقُرْآنِ فِيمَا يَعْسُرُ تَقْوِيمُهُ.

وَلَوْ جَاءَ غَيْرُ سَيِّدِهَا طَالِبًا، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ مُزَوَّجَةً. فَإِنْ جَاءَ السَّيِّدُ

والزوج معاً، غَرَمْنَا للسيد القيمة، وللزوج ما بذل. وإن جاء أحدهما، فتلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يلزم شيء؛ إذ ليس لأحدهما حق الانفراد. والثاني: يجب أداء حقه وحده. والثالث: أن السيد مستحق الرد؛ فنغرم له، والزوج وحده لا يستحق الرد، والغرم تبع الرد.

وإن جاءتنا زوجة عبد، فَحَقُّ البضع للعبد، والسيد هو باذل المهر، فلا يلزمنا شيء، إلا إذا حَضَرَ، فَإِنْ حضر أحدهما لم نغرم شيئاً.

وأما العبد، ففي وجوب رده وجهان، ووجه المنع: أنه يُسْتَضَعف ويُهَانَ؛ إذ لا ناصير له. وفي الحر الذي لا عشيرة له وجهان مرتبان، وأولى بأن يُرد؛ لظهور العموم في حقه. فإن قلنا: يُرد، فَلَيْشَرَطُ في أصل المهادنة أن مَنْ رُدَّ مسلماً: لا يُسْتَهَانَ به إن احتملوا ذلك. وإن قلنا: لا نرد العبد فنغرم قيمته.

فرع: إن قلنا في المهادنة: من جاءكم منا فَسُخِّفَا سُخِّفَا، فالتحق بهم مرتد، فسحقاً، فإن كانت مرتدة استردناها، فإن تعذر غَرَمْنَا لزوجها المسلم ما أنفق؛ لقوله تعالى: ﴿وإن فاتكم شيء من أزواجكم إلى الكفار فعاقبتم فآتوا الذين ذهبوا أزواجهم مثل ما أنفقوا﴾^(١)، وكأنا بالمهادنة أحلنا بينه وبين زوجته المرتدة؛ إذ لأجل المهادنة والأمن، رغبت في الالتحاق بهم.

ثم جميع الكفار كشخص واحد، فلو جاءتنا مسلمة سَلَّمْنَا مهرها إلى زوج المرتدة إن تساويا. وإن زاد مهرُ المسلمة سَلَّمْنَا الزيادة إلى زوجها الكافر وقلنا: واحدة بواحدة، وكأن جملتهم كشخص واحد، فَيُؤَاخِذُ الواحدُ بحكم الجملة، والله أعلم.

* * *

كتاب الصيد والذبائح

والنظر في أسباب الحِلِّ، وأسباب المِلْك:

النظر الأول: في سبب حِلِّ الذبيح

وأركانُ الذبح أربعة: الذابح، والذبيح، والمجوس وعبدة الأوثان، والآلة الذابحة، ونَفْسُ الذبيح.

الأول: الذابح

فكلُّ مسلمٍ أو كتابيٍّ عاقل بالغ، يصير أهلاً للذبح بيده، وبجوارح الصيد؛ فتحلُّ ذبيحته اليهود والنصارى دون المجوس وعبدة الأوثان. أما المتولد من كتابيٍّ ومجوسى - أو وثنى - فقولان: أحدهما: تغليب التحريم. والثانى: النظر إلى جانب الأب. وحلُّ الذبيح يقارب حلَّ النكاح إلا فى الأمة الكتابية، إذ تحلُّ ذبيحتها دون مناعتها.

فرع: لو اشترك مجوسى ومسلمٌ فى ذبيح، فهو حرام. وكذا لو أرسلوا إلى الصيد سهمين، أو كليّن، فحصل الهلاك بهما. ولو سبق أحدهما وصيّره إلى حركة المذبوح، فالحكم له. ولو هرب الصيد من كلب المسلم، فردّه عليه كلبُ المجوسى وقتله كلبُ المسلم، فهو حلال، ولا تأثير لإعاقته فى الرد. وحيث يحلُّ الصيد فالملك للمسلم. ولو أنخنه^(١) كلبُ المسلم فأدركه كلبُ المجوسى - وبه حياة مستقرة - فقتله فهو ميتة، وضمن المجوسى للمسلم؛ إذ أفسد ملكه.

أما قولنا: (عاقل بالغ) احتريزنا به عن المجنون والصبي الذى لا يميز، ففى ذبيحتهما قولان. ووجه التحريم أنَّ القصد قد انعدم. وأما الصبي المميز فتحلُّ ذبيحته. وفيه وجه من حيث إنه إن اعتبر القصد، فقد نقول: عمدُ الصبي ليس بعمدٍ.

وأما الأعمى فيصحُّ ذبحه. وفى اصطياذه وجهان من حيث إنَّ قصده لا يتعلّق بعين الصيد وهو لا يراه.

الركن الثانى: الذبيح

والحيوان ينقسم إلى: ما يحرم، فلا أثر لذبحه. وإلى ما يحل كما سيأتى فى الأطعمة.

(١) أنخنَ فى الأمر: بالغ فيه. يقال: أنخن فى العدو: بالغ فى قتاله. وأنخن فى الأرض: بالغ فى قتل أعدائه. وفى التنزيل العزيز: ﴿ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض﴾ انظر: المعجم الوسيط (٩٤/١)

وهذا ينقسم إلى ما يحل مَيْتَهُ كالجراد والسّمك، وإلى ما لا يحل.

أما الذى يَحِلُّ فلا حاجة إلى ذَبْحِهِ، بل لو اقتطع قطعة من سمكة فهي حلال؛ لأن ما أُبين من حَيٍّ فهو ميتٌ. ولو ابتلع سمكة حية فمكروة؛ للتنذيب، ولكن الظاهر أنه حلال، ومنهم من حَرَّمَ وجعل الموت بدلا عن الذبح.

وأما حيوان البحر، فحِلَّ جميعها إلا المستخبات وما يعيش فى البر كالضفدع والسرطان. وأما ما له نظيرٌ محرّم فى البر. ككلب الماء وخنزيره، ففيه قولان: أحدهما: الحِلُّ؛ لقوله عليه السلام: «الحِلُّ مَيْتُهُ»^(١). والثانى: لا؛ لأنه لا يتناولُه اسمُ السمك.

وللشافعى قولٌ غريب: أنه لا يحل إلا السمك. وهو مرجوع عنه؛ لأن أصحاب رسول الله ﷺ وجدوا حيواناً عظيماً يُسمَّى (العنبر) فاكلوه، ولم يُنكر رسول الله ﷺ عليهم^(٢).

أما ما لا تحل مَيْتُهُ، فيتعين ذَبْحُهُ فى الخلق والمرئ كما سيأتى إن لم يكن من الصيد. وإن كان صيداً فجميع أجزائه مذبح ما دام متوحشاً، فإن أنس أو ظفر به - وفيه حياة مستقرة - تعين الذبح.

ولو توحشت إنسية، ولم يمكن رَدُّها، فهو كالصيد يُذبح فى كل موضع. وكذا لو تنكس بعير فى بئر وخيف هلاكه؛ فقد قال ﷺ: «لو طعنت فى خاصرته لحلت لك»^(٣)؟ فقال المروزة: خصص الخاصرة ليكون الجرح مُدْفَقاً؛ فلا يجوز جرح آخر وإن كان يُفضى إلى الموت.

(١) الحديث سبق تخريجه وانظر: سنن أبى داود (٦٤/١) والترمذى (١٠٠/١) وانظر تخريجه فى باب المياه كتاب الطهارة من هذا المصنف (الوسيط).

(٢) الحديث أخرجه البخارى عن جابر بن عبد الله به - حديث (٥٤٩٣) ومسلم (١٩٣٥) والنسائى (٢٠٧/٧).

(٣) الحديث عن حماد بن سلمة عن أبى العشاء عن أبيه مرفوعاً به. بلفظ: لو طعنت فى فخذها لأجزأ عنك، أخرجه أبو داود (٢٨٢٥) والترمذى (١٤٨١) وابن كثير (٢٠/٣) والقرطبى (٥٥/٦) والطبرانى (١٩٩/٧) وفى لفظ (لأجزأك) بدل لأجزأ عنك، أخرجه النسائى (٢٢٨/٧) وابن ماجه (٣١٨٣) وأحمد (٣٣٤/٤) والدارمى (٨٢/٢) والبيهقى (٢٤٦/٩) والهيثمى (٣٤/٤) والمتقى الهندى (١٥٥٩٩) والبخارى فى التاريخ الكبير (٢٢/٢) والتبريزى (٤٠٨٢) وابن عساكر (٢٤٧/٤) وابن عدى فى الكامل فى الضعفاء (٢٠٩/١) وابن حجر فى فتح البارى (٦٤١/٩) والألبانى فى إرواء الغليل (١٦٨/٨) وضعفه الألبانى فى ضعيف سنن ابن ماجه (ص ٢٥٤).

ومنهم من قال: تكفى كل جراحة تُقضى إلى الموت.

أما إذا شَرَدَتْ شاةٌ أو بَعِيرٌ فَمَثَلُ هَذَا مَصِيرُهُ إِلَى الزَّوَالِ، فَإِنْ أَمَكْنَ رُدُّهُ بِالِاسْتِعَانَةِ وَجَبَّ، وَإِنْ أَقْلَتْ وَعَسَرَ ذَلِكَ فِي الْحَالِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَصِيرُ إِلَى الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: رُبَّمَا يَرِيدُ ذَبْحَهُ فِي الْحَالِ، فَلَهُ أَنْ يَرْمِيَ كَمَا يَرْمَى الصَّيْدَ.

ثُمَّ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ اتِّبَاعُهُ يُقْضَى بِهِ إِلَى مَسْبُوعَةٍ أَوْ مَهْلِكَةٍ، فَهُوَ كَالصَّيْدِ يَرْمَى بِسَهْمٍ. وَإِنْ كَانَ يُقْضَى إِلَى مَوْضِعٍ لَصُورٍ وَغُصَّابٍ، فَوْجَهَانٍ.

فِرْعَوْنُ: الْأَوَّلُ: إِذَا جَرَحَ الصَّيْدَ بِسَهْمٍ، ثُمَّ أَدْرَكَهُ وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، وَجَبَّ ذَبْحُهُ فِي الْمَذْبَحِ. فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى مَاتَ، فَهُوَ حَرَامٌ. وَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدُوَ فِي طَلْبِهِ كَعَادَةِ الصَّيَادِ. وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَكْتَفَى بِمَشْيٍ كَمَشْيِ السَّاعِي إِلَى الْجُمُعَةِ. أَمَّا الْوُقُوفُ فَلَا رَخْصَةَ فِيهِ.

فَلَوْ أَدْرَكَ وَلَيْسَ مَعَهُ مُدْبِئَةٌ، أَوْ تَشَبَّهَتْ بِالْغَمْدِ، أَوْ سَقَطَ مِنْهُ أَوْ ضَاعَ أَوْ سُرِقَ، فَلَيْسَ مَعْذُورًا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ. وَلَوْ غَضِبَهُ إِنْسَانٌ فَوْجَهَانٍ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حَرَامٌ، فَكَأَنَّ الشَّرْطَ أَنْ يَمُوتَ بِجِرَاحَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُدْرَكَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُقْصَرٍ.

وَلَوْ ابْتَدَرَ وَقَطَعَ بَعْضَ الْحَلْقُومِ فَمَاتَ، فَهُوَ حَلَالٌ؛ لِعَدَمِ التَّقْصِيرِ. وَذَبْحُ الثَّعْلَسِ فِي أُذُنِهِ لِأَجْلِ الْجِلْدِ حَرَامٌ، وَلَا يُفِيدُ الْحِلَّ.

الثَّانِي: لَوْ قُتِلَ صَيْدًا نَصْفَيْنِ، فَالنَّصْفَانِ حَلَالٌ. وَلَوْ أَبَانَ عَضْوًا وَالجِرَاحَةُ مُدْفَعَةٌ حَلَّ الْعَضْوُ أَيْضًا. فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُدْفَعَةً، وَذَبَحَ الْخِيَوَانَ فِي الْمَذْبَحِ - أَوْ جَرَحَ جَرَحًا مُدْفَعًا - فَالْعَضْوُ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ مَا أُبِينَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيْتٌ ^(١)، وَإِنْ مَاتَ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ، فَفِي ذَلِكَ الْعَضْوِ وَجَهَانٌ.

وَإِنْ جَرَحَهُ بَعْدَ الْأُولَى جِرَاحَةً أُخْرَى غَيْرَ مُدْفَعَةٍ فَوْجَهَانٍ مَرَّتَيْنِ، وَأُولَى بِالْتَّحْرِيمِ.

الرَّكْنُ الثَّلَاثُ: آلَةُ الصَّيْدِ وَالذَّبْحِ

وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: جَوَارِحُ الْخِيَوَانِ، وَجَوَارِحُ الْأَسْلِحَةِ، وَالْمُنْقَلَاتِ. أَمَّا جَوَارِحُ الْخِيَوَانِ، فَتَحِلُّ فَرِيْسَةُ الْكَلْبِ الْمَعْلَمِ بِنَصِّ الْكِتَابِ ^(٢)، أَعْنَى مَا مَاتَ بِعَضِّهِ وَجِرَاحَتِهِ،

(١) يَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَاهُ أَبُو وَقْدٍ مَرْفُوعًا مَا قَطَعَ مِنَ الْبَهِيمَةِ وَهِيَ حَيَّةٌ، فَهُوَ مَيْتَةٌ، أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (الصَّيْدُ ب٣) وَالتِّرْمِذِيُّ (١٤٨٠) وَابْنُ مَاجَهَ (٣٢١٦) وَأَحْمَدُ (٢١٨/٥) وَالدَّارِمِيُّ (٩٣/٢) وَابْنُ أَبِي عَاصِمٍ (٢٤٥/٩، ٢٣/١) وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ (٢٨٠/٣، ٤٦/٢) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٨٦١٢/٨٦١١) وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ (٤٦/٢).

(٢) وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ. قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ، وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ يَعْلَمُونَهَا اللَّهُ، فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤٤].

وإنما يصير مُعَلِّمًا بثلاثة أمور: أن يَسْتَرْسِلَ يارساله، ويتزجر بزجره، ويمتنع من الأكل خوفًا من صاحبه. ولا بد أن تتكرر هذه الأمور حتى يتبين أنه تأدب به وليس بوفاق، فالرجوع فيه إلى العادة.

وإنما يشترط الانزجار بزجره في ابتداء انطلاقه، أما إذا اخْتَدَّ في آخر الأمر، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يشترط؛ لأن ذلك ما لا يُطَاوِعُ الكلبُ عليه. والثاني: أنه يشترط؛ لأن ذلك أيضًا يَعْسُرُ في الابتداء مع جوع الكلب، ولكن به يصير مؤدبًا.

أما إذا ترك الأكل، ثم أكل مرة نادرًا، ففي تلك الفريسة قولان: أحدهما: أنه يحرم، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله؛ لقوله ﷺ لعدي بن حاتم رضى الله عنه: «إذا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ الْمُعَلِّمَ فَكُلْ، وإن أكل فلا تأكل» (١)، ولأنه أخذ لنفسه لِمَا أَكَلَ، لا لصاحبه. والثاني: أنه يحل؛ لقوله، عليه السلام، لأبي ثعلبة الخشني، رضى الله عنه: «كُلْ وإن أكل» (٢) ولأن هذا يُحْمَلُ على جَرَأٍ وفِرَاطٍ جوع، ولا يخرج عن كونه مُعَلِّمًا.

التفريع: إن قلنا: يَحْرُمُ فريسته، فلا ينعطف التحريم على ما سبق من فرائسه، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، نعم، لو أكل مرارًا وواطب عليه، فيقطع بأنه تحرم فرائسه؛ إذ خرج عن كونه مُعَلِّمًا. وفي انعطاف التحريم على ما سبق من الفريسة التي أكل منها أولاً وجهان. أما ما لم يأكل منها فلا تحرم.

ولا خلاف في أنه لو أنكَفَ في أول التعليم لم تحل فريسته. فلو واطب عليه لم

(١) الحديث له ألفاظ كثيرة جدًا عن عدي ابن حاتم مرفوعًا بلفظ البخاري إذا أرسلت كلبك وسميت فكل، حديث (٥٤٧٦). وأحمد (٢٨٠/٤) والبخاري (١٩١/١١) والزيلعى (٣١٢/٤) وابن حجر في التلخيص (١٣٦/٢) والزيدي (٦٧/٦). ولفظ عن عدي أيضًا «إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك وإن قتلن» وإن أخرجه البخاري (٥٤٨٣) والنسائي (١٨١/٧) وأبو داود (٢٨٤٨/٢٨٤٧) وابن ماجه (٣٢٠٨) وأحمد (٢٥٨/٤) والبيهقي (٢٣٦/٩) والزيدي (٢٤/٦) وفتح الباري (٣٧٩/١٣) وابن أبي شبة (٣٥٤/٥). وعن عدي أيضًا بلفظ إذا أرسلت كلبك وسميت فأمسك وقُلْ فكل وإن أكل فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه، أخرجه البخاري (٥٤٨٤) ولفظ إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله، أخرجه مسلم (الصيد ١) والترمذي (١٤٧٠) والنسائي (الصيد دائع ب ٣) والريلعى (٣١٦، ٣١٢/٤) والبيهقي (٢٣٥/٩) وابن حجر في تلخيص (١٣٤/٢).

(٢) الحديث عن أبي ثعلبة قال: قال: رسول الله ﷺ في صيد الكلب إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل وإن أكل منه وكل ما ردت عليك يدك، أخرجه أبو داود (٢٨٥٢) وابن ماجه (٣٢٠٧) قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٣٣/٨): أخرجه أيضًا النسائي وابن ماجه وأعله البيهقي.

ينعطف الحِلُّ على ما سبق. أما إذا اقتصر على لَعَقِ الدِّمِ فلا يؤثر ذلك، وفيه وجه: أنه كالأكل.

أما فريسة الفهد والنمر فحرام؛ لأنه لم يتعلم ولا يطاوع في ترك الأكل، والانزجار بالزجر، فإن تصوّر ذلك - على تدور - فهو كالكلب.

وأما البازي، فهل يُشترط في تعلّمه الانكفاف عن الأكل؟ فيه قولان: أحدهما: أنه يُشترط وإن كان لا يتعلّم؛ إذ لا يحتمل الضرب فهو كالقهد. والثاني: أنه لا يُشترط؛ لأنه لا يتعلم، وجنس الطيور من الصيد لا بد لها من جارحة، وهى من الجوارح لا تكف عن الأكل، بخلاف الفهد فإن فى الكلب غنية عنه.

فروع: إذا مات بعض الكلب، ففي موضع عضّه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه ينحس، فيُغسل سبعاً ويُعقر. والثاني: أنه يُقوّر الموضع إذا تشرب اللحم لعابه، وكذا كل لحم عضّ عليه الكلب. والثالث: أنه يُعفى عنه؛ لأنّ الأولين لم يُنقل عنهم ذلك.

وقال القفال: «لو أصاب سنُّ الكلب عرقاً نضاجاً بالدم، سرّت النجاسة إلى جميع أعضائه». وهذا غلط؛ لأن تكليف الكلب الحذر من العروق مُحال؛ ولأن ذلك كالعين الفوّارة بالماء، فلا ينحس أسفلها بنجاسة أعلاها.

النوع الثانى من الآلات: جوارح الأسلحة. وجرح الصيد: بالسيف، والسهم، وكل حديد مُفيد للجلّ و يلتحق بالحديد كلُّ شيء يخرج من قصب وخشب سوى السنّ والظفر؛ فإنه لا يحلّ الذبح به، مُتصلاً كان أو مُنفصلاً؛ انتهى ورّد فيه (١)، وجوز أبو حنيفة، رحمه الله، بالمنفصل.

النوع الثالث: ما يصدم بثقله أو يخنق؛ وذلك لا يُفيد الحِلَّ، فلو اخنق الصيد بالأحولة، أو بصدمة الوقوع فيها، أو البثر المحفورة للصيد، أو ضرب الطير ببندقة (٢)،

(١) ورد من حديث: عباية بن رفاع بن رافع عن جده أنه قال: يا رسول الله ليس لنا مئذى فقال: ما أنهر الدّم وذكر اسم الله فكل، ليس الظفر والسن، أمّا الظفر فمئذى الحشّة وأمّا السن فعظم، أحرجه البخارى (٥٥٠٣) وفى مواضع أخرى فى البخارى بأنفاظ متقاربة (١٨٦/١٨١، ١٨٨/٧، ١١٩، ١٢٠، ١٢٧) والترمذى (١٤٩١) وأبو داود (الاضحيا ب ١٤) وابن ماجه (٣١٧٨) وأحمد (٤٦٤/٣) وعبد الرزاق (٨٤٨١) وابن حجر فى تلخيص (١٣٥/٤) والمتقى (١٥٦٠٢) وإرواء الغليل (١٦٥/٨) وللحديث أنفاظ أخرى بنفس المراجع بأرقام قريبة مما ذكرناها.

(٢) البندق المقصود غير ثمرة البندق المعروفة، والمقصود: كرة فى حجم البندقة، يرمى بها فى القتال والصيد. انظر المعجم الوسيط (٧١/١)

فكلُّ ذلك حرامٌ؛ إذ لا بُدَّ مِنْ جَارِحٍ.

واختلف قولُ الشافعيِّ في الكلبِ إذا تَغَشَّى الصيدَ، فمات تحتَه غمًا؟ ففيه وجهان: أحدهما: أنه محرم؛ لأنه مُنْحَقٌّ، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله، والثاني: لا؛ لأن ذلك يَكْثُرُ مِنَ الكلبِ، وتكليفُه الْعَضَّ غَيْرُ مُمْكِنٍ.

فرعان: الأول: لو أصاب الطيرَ الضعيفَ عرض السَّهْمِ، وجَرَحَه طرفُ النَّصْلِ، فمات بالجراحة والصدمة، فهو حرامٌ. وكذلك لو مات بيندقةٍ وسهمٍ أصابه من رَامِيَيْنِ، فإن تَرَدَّدَ في أن الموتَ بهما أو بأحدهما، فَالْمُغْلَبُ التحريمُ. أما إذا أصابه النَّصْلُ، فلا يخلو النَّصْلُ عن ثَقُلٍ وتَحَامُلٍ، فذلك لا يمنع الحِلَّ.

الثاني: لو جرح طائرًا، فانصدم بالأرض ومات فهو حلالٌ؛ لأن الاحتراز من ذلك للطيور غيرُ ممكنٍ. ولو وقع في الماء أو تدهور من جبلٍ فمات بالجميع، فهو حرامٌ؛ لأن ذلك نادر. وإن وقع الصيدُ في الجبال والبحار، فذلك لا يندر؛ فلا يَتَعَدُّ تحليله، ولكن قد قالوا: لو وقع من غصنٍ إلى غصنٍ كذلك حتى مات من الجراحة، فهو حرامٌ؛ لِنُدُورِهِ، فيظهر أيضًا تحريمه في الجبال.

أما إذا انكسر جناحه ولم يَنْجِرْ، ثم انصدم بالأرض ومات، فهو حرامٌ؛ إذ لم تسبق الجراحة.

الركن الرابع: نَفْسُ الذَّبْحِ والاصطياد

وكيفية الذبح مذكورٌ في الضحايا. ونذكر الآن الاصطيادَ، أعني الإصابةَ بآلة الصيد. وهو كلُّ جرحٍ مقصودٍ حَصَلَ الموتُ به.

أما الجرحُ فلا يَخْفَى حُدُّهُ. وأما القصد، فله ثلاثة متعلقات:

الأول: أصلُ الفعل: ولا بُدَّ منه؛ فلو سقط السيفُ من يده وانجرح به صيدٌ، أو نصب في الأحبولة منجلاً، فَانْقَرَّ به الصيدُ، أو نصب في أسفل البئر سكينًا، فانجرح به، أو كان في يده سكينٌ فاحتكَّت الشاةُ به: فالكلُّ حرامٌ؛ إذ لم يَحْصُلْ بفعله، بل بفعل الحيوان.

ولو كان يُحرك اليدَ، والبهيمةُ أيضًا تتحرك حركةً مؤثرةً: غَلِبَ التحريمُ، ولذلك تُضْبَطُ الشاةُ حتى لا تتحرك إلا حركةً يسيرةً لا تؤثر. وكذلك الكلب إذا استرسل بنفسه لم تحلَّ فريسته؛ لأنه إنما يصير مضافًا إليه كالألة باسترساله بإشارته.

فرع: الأول: لو استرسل بنفسه، فأغراه، فازداد عَدُوًّا: ففي الحِلِّ وجهان. فلو

زَجَرَهُ فَلَمْ يَنْزَجِرْ، فَأَغْرَاهُ فَازْدَادَ عَدُوًّا: فوجهان مرتبان، وأولى بالتحريم. وَيَنْبَنِي عَلَيْهِ مَا لَوْ كَانَ الْإِرْسَالُ مِنْ مُسْلِمٍ، وَالْإِغْرَاءُ مِنْ مَجُوسِيٍّ، أَوْ الْعَكْسُ، لَكِنْ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْمَلِكِ. وَمَأْخُذُ الْكَلِّ أَنَّ الْاِفْتِرَاسَ يُحَالُ عَلَى فِعْلِهِ، أَوْ عَلَى إِغْرَاءِ الْمُغْرَى؟ وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ مَا لَوْ أَغْرَى أَجَنَبِيٌّ كَلْبًا اسْتَرْسَلَ بِإِشَارَةِ مَالِكِهِ، فَإِنْ أَحْلَنَاهُ عَلَى الْإِغْرَاءِ، فَقَدْ اصْطَادَ بِكَلْبٍ مَغْصُوبٍ، وَفِيهِ وَجْهَان: أَظْهَرُهُمَا: أَنَّ الصَّيْدَ لِلْغَاصِبِ، وَالْكَلْبُ الْمَغْصُوبُ كَالسَّكِينِ الْمَغْصُوبِ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَتَّبِعُ الْكَلْبُ، لَكِنْ فِي صُورَةِ الْإِغْرَاءِ يَظْهَرُ كَوْنُهُ لِلْمَالِكِ. وَيَحْتَمِلُ الْإِحَالَةَ عَلَيْهِمَا حَتَّى يَكُونَ مُشْتَرَكًا هَاهُنَا، وَعِنْدَ إِغْرَاءِ الْمَجُوسِيِّ يَحْرُمُ.

الثاني: إِذَا رَمَى سَهْمًا وَكَانَ يَقْصُرُ عَنِ الصَّيْدِ، فَسَاعَدَتْ رِيحٌ مِنْ وَرَائِهِ وَأَصَابَ: حَلَّ. وَلَوْ انْصَدَمَ بِجِدَارٍ فَارْتَدَّ إِلَى الصَّيْدِ وَجَرَحَ، فَوَجْهَان؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ انْتَهَى لِمَصَادِمَةِ الْجِدَارِ مِنْ وَجْهِهِ. وَأَمَّا حَرَكَاتُ الذَّبْحِ، فَلَا تَدْخُلُ تَحْتَ الضَّبْطِ؛ فَلَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهَا.

الثالث: لَوْ نَزَعَ الْقَوْسَ لِسِرْمِيٍّ، فَانْقَطَعَ الْوَتَرُ وَارْتَمَى السَّهْمُ فَأَصَابَ، فَوَجْهَان: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ هُوَ وَعَلَى وَفْقِ شَهْوَتِهِ. وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَى وَفْقِ قَصْدِهِ.

المتعلق الثاني: أَنَّ يَقْصِدَ جَنْسَ الْحَيَوَانِ: فَلَوْ رَمَى سَهْمًا فِي خَلْوَةٍ، وَهُوَ لَا يَقْصِدُ صَيْدًا، فَاعْتَرَضَ صَيْدٌ وَأَصَابَ: حَرُمٌ، وَكَذَا لَوْ كَانَ يُجِيلُ^(١) سَيْفَهُ فَأَصَابَ حَلْقَ شَاةٍ. أَمَّا رِيَّةُ الذَّبْحِ، فَلَا تُشْتَرَطُ بَعْدَ تَعَلُّقِ الْقَصْدِ بِالْعَيْنِ. بَيَانُهُ: أَنَّهُ لَوْ رَمَى إِلَى شَيْءٍ ظَنَّهُ حَجَرًا، فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ: فَهُوَ حَلَالٌ. وَلَوْ قَطَعَ فِي الظُّلْمَةِ شَيْئًا لَيْتَنَّا قَصْدًا، فَإِذَا هُوَ حَلْقُ شَاةٍ: فَحَلَالٌ مَا لَمْ يُعْتَقَدْ أَنَّهُ حَلْقُ آدَمِيٍّ أَوْ فِعْلُ حَرَامٍ، فَإِنْ ظَنَّ ذَلِكَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حَلَالٌ، وَلَا يُعْتَبَرُ ظَنُّهُ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَحْرُمُ إِذَا اعْتَقَدَ ذَلِكَ، وَيَنْقَدِحُ ذَلِكَ فِي ظَنِّهِ آدَمِيًّا أَوْ مَا يَحْرُمُ ذَبْحُهُ. أَمَّا لَوْ ظَنَّهُ خَنْزِيرًا فَيَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ قِطْعًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَظُنَّ تَحْرِيمَ الذَّبْحِ، بَلْ تَحْرِيمَ اللَّحْمِ.

المتعلق الثالث: عَيْنَ الْحَيَوَانِ: فَلَوْ رَمَى بِاللَّيْلِ إِلَى حَيْثُ لَا يَرَاهُ، لَكِنْ يَقُولُ: رِمَا يَصِيبُ صَيْدًا، فَاتَّفَقَ أَنَّ أَصَابَ، فَقِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجَهِ: أَحَدُهَا: التَّحْرِيمُ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْقَصْدِ بِالذَّبْحِ - مَعَ عَدَمِ الْإِدْرَاكِ - مُحَالٌ. وَالثَّانِي: يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الذَّبْحَ.

(١) يحيل سيفه: أى يرفعه. من حال، التراب جولا، وجولة، وجولانا، وجثولا: ارنمع. وفى المثل: «للباطل جولة ثم يضمحل».

وجال بسيفه: لعب به وأرداه على جوانبه فهو جائل وجوال. انظر المعجم الوسيط (١٤٨/١)

والثالث: أنه إن رمى حيث يغلب وجود الصيد: حَلَّ. وإن اتفق نادراً، فهو عَبَثٌ؛ فلا يَحِلُّ. وعلى هذا يُخْرِجُ رَمَى الأعمى واصطياده بالكلب.

أما إذا قَصَدَ سِرْبًا من الطَّيِّاء، ورمى، فأصاب واحداً: حَلَّ، وإن لم يقصد عينه؛ فإنه قَصَدَ الجنس وإن لم يَقْصِدِ العينَ.

أما القصاص في مثل هذه الصورة فقد يَسْقُطُ على رأى؛ للشبهة. ولو عَيَّن ظبيَّةً من السَّرْبِ، فمال السَّهْمُ إلى غيرها، ففيه ثلاثة أوجه، يُفَرِّقُ في الثالث بين أن يُصِيبَ ظبيَّةً من غير هذا السَّرْبِ أو من هذا السَّرْبِ.

ولو قصد حجراً، فأصاب ظبيَّةً، فوجهان مرتبان، وأولى بالتحريم. ولو ظَنَّ أن الحجرَ ظبيَّةً، فمال السَّهْمُ إلى ظبيَّة، فالجواز أولى. ولو قصد خنزيراً، فمال إلى ظبيَّة فوجهان، وأولى بالتحريم. هذا بيان القصد.

أما قولنا: (حَصَلَ الموتُ به) أردنا به أنه لو أصاب فمات الصيد بصدمة أو افتراسٍ سَبَّحَ لم يَحِلَّ. وكذلك لو غاب عن بصره، فأدركه ميتاً وعليه أثرُ صدمةٍ أو جراحةٍ أخرى: حرم. وإن لم يظهر أثرٌ آخر، فقولان:

أحدهما: أنه لا يَحِلُّ، فإنه لا يدرى إذ لم يَمُتْ بين يديه. والثاني: أنه يَحِلُّ؛ حوالَةً على السبب الظاهر. ولذلك تُوجِبُ غرة الجنين والقصاص بالجرح وإن أمكن الموتُ فجأةً بسببٍ آخر.

أما التسمية فليست شرطاً عندنا للذبح والاصطياد، ولكن تستحب عند الذبح، وعند الرَّمْيِ، وعند إرسالِ الكلب. فلو سَمَّى عند عضِّ الكلب، ففي تأدِّي الاستحباب به خلافاً.

النظر الثاني من الكتاب

في أسباب الملك

وفيه فصلان:

الأول: في السبب

وهو إبطالُ مَنَعَةِ الصيدِ بإثباتِ اليدِ عليه، أو ردّه إلى مَضِيْقٍ لا يتخلص، أو إزمانه، أو قَصْرَ جناحِهِ. أما إذا اضطره إلى مضيقٍ له مَخْلَصٌ، فأخذه غَيْرُهُ، فهو لِلْآخِذِ.

ثم الأسباب التي تُقَيِّدُ الملكَ تنقسم فيما يعتاد ذلك به كالشبكة: فيكفي وقوعُ الصيدِ فيه لحصولِ الملك. أما ما لا يعتاد، كما لو تَوَحَّلَ الصيدُ في زرعٍ سقاه لا

للصيد، أو دخل داره، أو عشن الطائر في داره: فالمنهب أن الملك لا يحصل بمجرد وإن كانت تحت قدرته؛ لأنه لم يقصده. نعم هو أولى به، لكن لو أخذه غيره كان كما لو أحيا أرضاً يحجرها غيره، وهاهنا أولى بحصول الملك؛ لأنَّ التحجر مقدمة الإحياء فهو قصدٌ ما، وبناء الدار ليس بقصدٍ للصيد.

ولو قصد بناء الدار تعشيش الطائر، فهل يملكه؟ فيه وجهان؛ لأن هذا سببٌ غير معتاد. ومن أصحابنا من ذكر وجهاً: أنه يملك بدخول ملكه وإن لم يقصد. وهو ضعيف.

ثم إن قلنا: لم يملك، فلو أغلق الباب قصداً: ملك، وإن كان عن وفاق فلا. ولو أنسل عن يده شبكة، فتعقل بها صيّد، ففيه وجهان. ولو دخلت سمكةً بركةً إنسان: فإن سدَّ المنافذ وهو ضيق: ملك، وإن كان واسعاً لم يملك ونزل منزلة التحجر.

هذا هو سبب الملك. أما زواله، فلا يزول الملك بانفلات الصيد عن يده، أو عن شبكته، ولا بإطلاقه إياه. ولو قصد تحريره، ففيه وجهان: أحدهما: أن ملكه قائم، كما لو أعتق حماره. والثاني: أنه يزول؛ لأن للصيد منعةً واستقلالاً.

ولو أعرض عن كسرة خبز، فأخذها غيره، فهل يملك؟ ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن لا يملك.

ولو أعرض عن إهاب ميتة، فدبها إنسان، ففيه وجهان مرتبان وأولى بأن يملك؛ لأن الملك كالمستحدث بالدباغ.

فرع: إذا اختلط حمامٌ برجٍ مملوك، بحمامٍ برجٍ آخر، وعسر التمييز: فليس لكل واحدٍ بيعٌ شيء منه إلا أن يبيع من صاحبه، ففيه وجهان، ووجهٌ جوازُه - مع عسر التبيين - الحاجة.

ولو توافقا على بيع الكل - أو البعض - من ثالث، وكانا يعلمان العدد، أو القيمة - حتى يُوزَّع عليه - جاز. وإن جهل ذلك لم يجز؛ إذ لا يدري حصة كل واحد، والصفة تتعدد بتعدد البائع وإن تصالحا على شيء، صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع. أما إذا اختلط حمامات مملوكة بحمام بلدة ما فلا يحرم الصيد إذا كان المباح غير محصور، وإن اختلط بمباح محصور: حرّم؛ كأخت من الرضاع اختلطت بنسوة. وإن اختلط حمامات بلدة لا تخصي بحمام بلدة لا تخصي: ففيه وجهان، ووجهٌ المنع أن نسبة ما لا يخصي إلى ما لا يخصي كنسبة المخصي إلى المخصي.

الفصل الثاني: فى الازدحام على الصيد

وله أحوال: إحداها: فى التعاقب فى الإصابة. فإذا رَمَى صيِّداً، فأصاب وأحدهما مُزْمِنٌ والآخَرُ جَارِحٌ، فالصيدُ للمزْمِنِ. فَإِنْ سَبَقَتْهُ الجراحةُ، فلا شىء على الجارح. وإن لحقت، فقد جرحَتْ صيدَ الغير؛ فعليه أَرُشُ النقصانِ إن لم يُنْقَف. وإن ذَفَفَه، وكان فى الصيد حياةٌ مُستقرّة ولم يُصَبِّبِ التذيفُ المذْبَحَ - فهى ميتةٌ، وعليه قيمته؛ لأنه ذَبَحَ فى حيوانٍ مقدورٍ عليه فى غير المذْبَحِ. وإن أصاب المذْبَحَ حلَّ.

وها هنا أدنى نظراً؛ إذ مَنْ رَمَى شاةً، فأصاب حلقه، ففى حصولِ الحلِّ احتمالٌ، لا سيما إذا لم يقصد المذْبَحَ لكنْ أصابَه، ولعلَّ الأظهر حِلُّه.

أما إذا لم يكن الجرحُ الثانى مُذَفِّفاً، ووقع على غير المنحر، وتركَ الصيدَ حتى مات بالجرحين، ففى القدر الواجب من الضمان على الثانى نَظَرٌ يَنْبَنِي على مسألة، وهو أنه لو جرحَ عبداً أو بهيمةً - قيمته عشرة - جراحةً أَرُشُها دينارٌ، فجرحَ آخرَ بعده ما أَرُشُه أيضاً ديناراً، ومات من الجرحين فقيما يجب عليهما خمسة أوجه، لا يَنْفَكُ وجهٌ عن إشكال:

الأول: أنه يجب على الأول خمسة؛ لأنه شريك فى عبدٍ كان قيمته عند جنايته عشرة، وعلى الثانى أربعة ونصف؛ لأنه شريك فى عبدٍ كان قيمته عند جراحته تسعة، وهذا باطلٌ قطعاً؛ لأنَّ فيه تضييعَ نصفِ دينارٍ على المالك، إذ كان قيمة العبدِ عشرة، وقد فاتَ بجنايتهما.

والثانى: أنه يجب على كلِّ واحدٍ خمسة، وهذا أيضاً باطلٌ؛ لأن التسوية بين الثانى والأول مُحالٌ وكان وقتَ جناية الثانى قيمته تسعة، فكيف يفرم أكثر من أربعة ونصف؟

والثالث - وهو اختيار القفال: أن على الأول خمسة من حيث هو شريك، وعليه أيضاً نصفُ دينار، وهو نصفُ أَرُشِ جنايته؛ لأنه حصل منه نصفُ القتل، فلا يندرج تحته إلا نصفُ الأرض، ويَتَقَى النصفُ الآخر، وعلى الثانى خمسة ونصفُ دينار، وهو نصفُ أَرُشِ جراحته، وأربعة ونصف هو نصفُ قيمة العبدِ عند جنايته. وقال: ليس فى هذا إلا زيادةٌ على العشرة، وذلك لا يَعْدُ؛ إذ لو قطع يَدَى عبدٍ، وقَتَلَه غيره، كان ما يجب عليهما أكثر من القيمة. وهذا فاسدٌ؛ لِمَا فيه من الزيادة؛ ولأن الأرض لا يُعتبر عند سِرَاية الجناية أصلاً، سواءً كان الجرحُ مع شريك أو لم يكن.

الرابع: قال أبو الطيب بن سلمة: «ما ذكره القفال صالح لأن نجعله أصلاً للقسمة حتى لا يؤدي إلى الزيادة، فتبسط الأجزاء أحاداً، فيكون المجموع أحداً وعشرين جزءاً، فتبسط العشرة عليها، فيجب على الأول أحد عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من عشرة، وعلى الثاني عشرة أجزاء من أحد وعشرين جزءاً من عشرة، ولا يؤدي إلى الزيادة». وهو فاسد لأنه بناء على تمييز الأرض واعتباره مع سريّة الجناية.

الخامس - وهو اختيار الإمام وصاحب التقریب - أن الثاني لا يلزمه أكثر من أربعة ونصف. أما الأول فعليه خمسة ونصف لإتمام القيمة؛ لأنه كان تسبب إلى الفوات لولا الثاني، فما لا يمكن تقريره على الثاني يبقى عليه. وهذا أيضاً لا يخلو عن محال، ولكنه أقرب، أما الزيادة على العشرة، أو النقصان منها، أو التسوية بين الشريكين، فظاهر البطلان.

المسألة بحالها، لو صدر إحدى الجراحتين من السيد جرّت الوجوه، لكن ما يقابل جنابة السيد فهو مهذّر، والباقي يجب.

رجعنا إلى مسألة الصيد، منهم من قال: هو كالسيد والأجنبي. ومنهم من قطع بأنه يجب الجميع على الثاني؛ لأنّ فعل المالك في الصيد ليس إفساداً، بل هو سبب حل وقد صار إفساداً بجنابة الثاني. وأما فعل السيد فإفساد. والصحيح هو وجه ثالث، وهو أنه إن قدر المالك على مبادرة الذبح، فلم يفعل حتى مات بالجرحين، ففعله إفساد، فهو كالسيد. وإن لم يقدر، ففعله مخلّ، فعلى الثاني تمام الصيد المزمّن.

فلو كان غير مزمّن يسوى عشرة، ومزماً تسعة، قال الأصحاب: يجب تسعة. واستدرك صاحب (التقریب) وقال: لو كان مذبوحة يسوى ثمانية، فيلزمه الثمانية، ولكن الدرهم الذي نقص بالذبح ينبغي أن يُعتبر فيه شركة المالك؛ فإنّ فعل المالك إن لم يعتبر في الإفساد، فيعتبر في الذبح، فإنه شريك في الذبح. وهو استدراك حسن.

الحالة الثانية: أن يُصيبا معاً، فالصيد بينهما إن تساوتا في التنظيف والإزمان أو عدمه. وإن كان أحدهما لو انفرد لأزمن، والثاني لم يزمن: قال الصيدلاني: فالصيد لمن يزمن ولا ضمان على الثاني، لأنه لم تتأخر الجراحة عن الملك.

ولو كان أحدهما مذفقاً، والآخر مزمناً. فهو كما لو كان مذفقين أو مزمنين فهو لهما؛ إذ لكل واحد علة مستقلة بالتملك.

وإن احتمل أن يكون الإزمان بهما أو بأحدهما، فإن كان بأحدهما ولا يدري

بأيهما، فالصيد بينهما، ولكن لابد أن يستحل أحدهما الآخر؛ تباعدًا عن الشبهة.

ولو علمنا أن أحدهما مُذَفَّفٌ، وشككنا في الآخر: قال القفال: هو بينهما. وزاد فقال: «في مثل هذه الصورة يجب القصاصُ على الجارحين». وهذا في القصاص بعيد مع الشبهة والحق ها هنا أن النصف للمذفف يقينًا، والنصف الآخر موقوف بينهما، فإن أيسنا عن التبيين، فالوجه: قسمة النصف الآخر حتى يفوز المذفف بثلاثة أرباع الصيد.

الحالة الثالثة: عَلِمْنَا تعاقبَ الجرحين، وأحدهما مضمنٌ والآخر مُذَفَّفٌ، ولا ندرى سبقَ الإزمان، فحرم بالتنظيف بعده، أو هو أو بالعكس: ففيه طريقان: أحدهما: القطع بالتحريم؛ تغليبا للحظر. والثاني: طردُّ القولين كما في مسألة الإنماء.

والأصحُّ الأول، أما في مسألة الإنماء فلم نشاهد إلا السببَ المحلَّ، والآخرُ مؤهومٌ. وأما ها هنا فليس كذلك.

الحالة الرابعة: تَرَتَّبَ الجرحان، وحصل الإزمانُ بهما، قال الصيدلاني: «الصيد بينهما». وهو القياسُ. وقال غيره: هو للثاني؛ إذ حصل الإزمانُ عقيبَه، والأولُ ساعٍ لقاعد، فعلى هذا لو عاد الأولُ وَجَرَخَ ثانيًا: فجرَّحَه الأولُ مُهَدَّرٌ، وجرحه الثاني مضمنٌ، وقد فسد الصيدُ بالجراحات الثلاث كلها، ففي قدر الواجب طريقان: أحدهما: أنه يجب قيمة الصيد و به الجراحة الأولى؛ فإنه هدر، والجراحة الثانية فإنها من المالك.

ومنهم من قال: هو كما لو جرح عبداً مرتدًا فأُسْلِمَ، فجرَّحَه سيِّدُه، ثم عاد الأولُ وَجَرَخَ ثانيًا، ففيما يلزمه وجهان: أحدهما: ثلث الدية؛ توزيعًا على الجراحات. والثاني: رُبْعُهَا، توزيعًا على حالة الإهدار والعصمة.

ثم قسمة حصة العصمة على الجرحتين، وقد ذكرنا ذلك في القصاص فكذلك هاهنا، والله تعالى أعلم.

كتاب الضحايا

الضحايا من الشعائر والسنن المؤكدة ^(١) ، فالضحية بذبح شيء من النعم يوم النحر وأيام التشريق. قال رسول الله ﷺ: «عَظَمُوا ضَحَايَاكُمْ؛ فَإِنَّهَا عَلَى الصِّرَاطِ مَطَايَاكُمْ» ^(٢). وقال أبو حنيفة، رحمه الله: تجب على كل مقيم ملك نصابًا. وعندنا لا تلزم إلا بالنذر، أو بأن يقول: جعلت هذه الشاة أضحية. ولو اشتراها بنية الضحية لم تلزمه بمجرد النية.

ثم من عزم على التضحية، يستحب له أن لا يخلق ولا يقلب في عشر ذي الحجة ^(٣)، لا للتشبيه بالحج؛ فإنه لا يمتنع من الطيب، لكن على أكمل أجزائه؛ إذ قال عليه السلام: «أَكْبَرُ ضَحِيَّتِكَ يُعَيِّنُ اللَّهُ بِكُلِّ جِزءٍ مِنْهَا جِزءًا مِنْكَ مِنَ النَّارِ». والنظر في أركان التضحية وأحكامها. والأركان أربعة: الذبيح، والذابح، والذبح، والوقت.

الركن الأول: الذبيح

النظر في جنسه، وصفته، وقدره:

أما الجنس، فلا يُجزئ إلا النعم، وهو الإبل والبقر والغنم. وأما السن فهو الجذعة من الضأن، وهي التي استكملت سنة وطعنت في الثانية. والثنية من المعز والبقر، وهي التي طعنت في الثالثة. والثني من الإبل، وهي التي في السادسة، وهذه الأسنان فيها بلوغ هذه الحيوانات، فإنها لا تحمل ولا تنزو قبلها، وقد ورد الخبر بها ^(٤)، ويستوى

(١) السنة المؤكدة: هي مادل عطاء الشارع على طلب فعلها طلبًا غير حازم، وتسمى مندوبات مؤكدة، بحيث يستحق تاركها العتاب واللوم لكنه لا يستحق العقاب لأنه لا عقاب إلا على ترك واجب، والسنة المؤكدة هي التي واظب عليها النبي ﷺ وأظهرها في جماعة المسلمين على أنها ليست واجبة منها الوتر بعد العشاء، وصلاة الجماعة عند من لم يقل بوجوبها، والضحية كما ذكر المصنف وغيره.

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: العجلوني في كشف الخفا (٩٨/١) وابن حجر في تلخيص الحبير (١٣٨/٤) والألباني في السلسلة الضعيفة (٧٤).

(٣) هذا من حديث أم سلمة أن النبي ﷺ قال: إذا دخلت العشر، وأراد أحدكم أن يضحي، فلا يمسه من شعره وبشره شيئًا، وفي رواية فلا يأخذن شعرًا ولا يقلمن ظفرًا، أخرجه مسلم (الأصاحي ٣٩) وأحمد (٢٨٩/٦) والطبراني (٢١٢/٧).

(٤) هذا الخبر ورد عن جابر بن عبد الله مرفوعًا لا تدبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم، فتذبحوا =

الذكر والأُنثى بالاتفاق.

وأما الصفات، فلا يُجزئ الناقص. والنقصان ينقسم إلى نقصان صفة، وإلى نقصان جزء أما نقصان الصفة، فقد قال عليه السلام: «أربع لا تجزئ: العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي»^(١) أى لا تنقي لها، وهو المخ. ونهى عن التولاء^(٢)، وهى المحنونة التى تستديو فى المرعى ولا ترعى، فلا بُد من بيان هذه الصفات.

أما المرض إذا لم يُفصر بعد إلى الهزال، لكنه فى الابتداء: فالظاهر المنع؛ للحديث. وفيه وجه: أنه إنما يؤثر إذا ظهر بها الهزال. والجرباء إن كثر جربها وفسد اللحم: فيمنع، ومبادئه لا يؤثر.

وأما العرج، فأدنى درجاته ما يمنع من كثرة التردد فى المرعى، وما دون ذلك لا يمنع. ولو انكسر رجلها، وقد أضجعت للتضحية باضطرابها، ففيه وجهان: أحدهما: لا تجزئ؛ للحديث. والثانى: تجزئ؛ لأن ما يكون من مقدمات الذبح لا يُعتبر.

وأما العور، فلا يقدح ما دامت ترى بالعينين وإن كان عليها سواد. فإن زالت الرؤية بالفق فلا تجزئ. وإن كان مع بقاء الحدقة، فالظاهر المنع؛ للحديث. وقال أبو الطيب بن سلمة: فإنه لا يؤثر فى الهزال، ولا فى ظاهر الصورة. ويلزمه العمياء أيضاً، إلا أن العمى يؤثر فى الهزال على قرب، بخلاف العوراء.

وأما العجفاء، فهى التى يابها المترفون فى حالة رخاء الأسعار ولركاكة لحمها.

— حذرة من الضمان، وفى رواية إلا بقرة مسنة الحديث، أخرجه مسلم (الأضاحى ب ٢ رقم ١٣) وأبو داود (٢٧٩٧) والنسائى (٢١٨/٧) وابن ماجه (٣١٤١) وأحمد (٣٢٧، ٣١٢/٣) والبيهقى (٢٢٩/٥، ٢٣١، ٢٦٩/٩، ٢٧٩) والبغوى فى شرح السنة (٣٣٠/٤) والشيرازى فى مشكاة المصابيح (١٤٥٥) والألبانى فى الضعيفة (٦٥).

(١) هذا من حديث البراء بن عازب مرفوعاً ونصه لا تجوز فى الأضاحى العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين ضلعها والكسير التى لا تنقي، أخرجه أبو داود (٢٨٠٢) والترمذى (١٤٩٧) والنسائى (٢١٤/٧) وأحمد (١٨٥٣٣) قال الترمذى: «هذا حديث حسن صحيح. قال الشوكانى: وصححه النووى وادعى الحاكم فى كتاب الضحايا أن مسلماً أخرجه وأنه مما أحد عليه لأنه من رواية سليمان بن عبد الرحمن عن عبيد بن فيروز وقد اختلف الناقلون عنه فيه. وهذا خطأ منه فإن مسلماً لم يخرج فى صحيحه وقد ذكره على الصواب فى أواخر كتاب الحج فقال صحيح ولم يخرجاه. انظر: نيل الأوطار (١١٦/٥).

(٢) تَوَلَّى تَوَلَّى: اضطراب و- استحکم جنونه فهو أثل، وهى ثولاء، جمع: ثول. المعجم الوسيط

وقيل: لا يؤثر ذلك.

وأما التولاء، فإنها لا تجزئ؛ لأنه يؤثر في الهزال على قرب، وللتعبد أيضاً. وأما الأنتى والفحل - وإن كثرت ولادتها ونزوانها - فتجزئ إلا أن يتفاحش الهزال به. ولا يمنع منه كون لحمة مُستكرهاً.

وأما الخرقاء والشرقاء والمقابلة والمدابرة، فقد نهى عنها على، رضى الله عنه، وقال: «أمرنا باستشراف العين والأذن»^(١)، أى بتأملها وطلب سلامتها.

والخرقاء هى المخروقة الأذن، والشرقاء هى المشقوقة الأذن، والمقابلة هى التى قُطعت فلقة من أذنها فتدلّت من قبالة أذنها، والمدابرة ما تدلت من دبر أذنها، وفى جملة ذلك طريقان:

أحدهما: أن فيه وجهين: أحدهما: الجواز؛ للقياس، والثانى: المنع؛ لإنهى على، رضى الله عنه.

ومنهم من قال: جميع ذلك يجزئ، إلا إذا قُطع معظم الأذن، أو القدر الذى يظهر على بُعد، فذلك نقصان فى عضو يُقصد أكله، وقد نهى رسول الله ﷺ عن المصلومة والمستأصلة^(٢).

وإن قُطع قدر يسير من الأذن فوجهان وقدر أبو حنيفة، رضى الله عنه، بثث الأذن، وقدر أبو يوسف، رحمه الله، بالنصف. وللشافعى، وضوان الله عليه، اختلاف نص فى التى لا أذن لها؛ فقيل: إن كان صغيراً فى الخلقة جاز، وإن كانت سكّاء فلا.

(١) حديث على رضى الله عنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء، أخرجه: النسائى (الضحايا ب المقابلة وهى ما قطع من طرف أذنها) والترمذى (١٤٩٨) و أبو داود (٢٨٠٤) وأحمد (١٥٢/١) والبيهقى (٢٧٥/٩) والحاكم (٤٦٨/١، ٤٢٤/٤) والبيهقى فى شرح معانى الآثار (١٧٠/٤) وابن خزيمة (٢٩١٤) والترمذى (١٤٦٣) وابن أبى حاتم فى علل الحديث (١٦٠٦). قال الشوكانى فى نيل الأوطار (١١٨/٥): أعله الدارقطنى.

(٢) لم أجد اللفظ الذى أورده المصنف المصلومة، وإنما هو عن عتبة بن عبد السلمي بلمط إما نهى رسول الله ﷺ عن المصفرة، والمستأصلة والخفاء والمشيمة والكسراء، فالمصفرة التى تستأصل أذنها حتى يبدو صماخها، والمستأصلة التى ذهب قرنها من أصلها، والخفاء التى تبحق عينها، والمشيمة التى لا تتبع الغنم عرجاً وضعفاً والكسراء التى لا تنقى، قال الشوكانى فى نيل الأوطار (١١٦/٥): حديث عتبة بن عبد السلمي أخرجه أيضاً الحاكم، وسكت عنه وأبو داود والمنذرى. اهـ، أخرجه أبو داود (٢٨٠٣) وأخرج نحوه أحمد (١٨٥/٤) والطبرانى (١٢٨/١٧) قس: وانط المصلومة، الذى أورده المصنف: هى مستأصلة الأذن، وهو نفس معنى المصفرة. والله أعلم

فأما نقصان الأجزاء، فلها صور:

الأولى: ما يقطع الذئب من فخذ الشاة فيمنع الإجزاء؛ لأنه عضو أصلي. ولو اقتلع أليته، فوجهان. ولو لم تكن لها آلية في الخلقة، فوجهان مرتبان، وأولى بالجواز. ووجه الجواز: أن المعز لا آلية له ويُجزئ، ولكن قد يُجاب بأن كثرة شحمه بَدَل عنه.

الثانية: الصغيرة الضرع تُجزئ، وفي المقطوعة طريقان: أحدهما: أنه كالآلية. والآخر: أنه تُجزئ؛ لأنه ليس من الأطياب المقصودة فهو كالخصاء، فإنه لا يمنع الإجزاء قطعاً.

الثالثة: نقصان القرن وانكساره لا يؤثر، وكذا تناثر الأسنان؛ إذ لا يؤثر في اللحم، ولم يرد فيه حديث، بخلاف الأذن. وقيل: إن تناثر جميع الأسنان لا يجزئ، وإن تناثر بعضه أجزأ، وهو بعيد.

أما القدر، فالشاة لا تجزئ إلا عن واحد. ولو اشترك اثنان في شاة لم يُجز. نعم، قال رسول الله ﷺ لما ضحى: «هذا عن محمد وأمة محمد» (١) وهذا اشتراك في الثواب، وهو جائز. ولو اشتركا في شاتين مشاعين منهما، فوجهان. والبدنة تجزئ عن سبعة، وكذا البقرة. ولو وَجَبَ عليه سَبْعُ شَيْءٍ بِأَسْبَابٍ مختلفة أجزأه بدنة أو بقرة، إلا أن يكون من جزاء الصيد، إذ يُراعى فيه مشابهة الصورة، فلا تجزئ البدنة عن سبع طباء.

ولا يُشترط في الاشتراك في البدنة والبقرة أن يكونوا من أهل بيت واحد، خلافاً لما لك رحمه الله، ولا أن يكونوا بأجمعهم مُتَقَرِّبِينَ لأبي حنيفة رحمه الله، لكن من يطلب اللحم يقاسم إذا قلنا: القسمة إفراز، وإن قلنا: إنها يتبع، فوجهان، ووجه الجواز: الحاجة.

هذا بيان الواجب: أما الاستحباب، فالضأن أحب من المعز، وسبع من الغنم أحب من بقرة وبدنة، والبدنة أحب من البقرة، والأبيض أحب من الأسود، وفي الخبر: «لَدُمُّ

(١) الحديث عن جابر بن عبد الله مرفوعاً بلفظ: هذا عنى وعمن لم يضح من أمتي، أخرجه: أبو

داود (٢٨١٠) والترمذي (١٥٢١) وأحمد (٨/٣) والبخاري في التاريخ الكبير (٥٠/٨)

والعراقي في المغني عن حمل الأسفار (٢٠٢/١).

وبلفظ: هذا عنى وعن أمتي، أخرجه: الطبراني (٣٠١/١) والهيتمي في مجمع الزوائد (٢٢/٤)

والمتقى الهندي في كنز العمال (١٢٦٩٧).

عفراء أحبُّ عند الله من دم سوداوين^(١)، وقال الشافعي، رضى الله عنه: «الأُنثى أحبُّ من الذكر» قليل: أراد به في جزاء الصيد، إذ يطلب منه القيمة، وقيمة الأُنثى أكثر، وإلا فَلَحْمُ الذَّكَرِ أَطْيَبُ؛ فهو أولى. وقيل: أراد الأُنثى التي لم تلد، فَلَحْمُهَا أَطْيَبُ من الذكر.

وعلى الجملة: يُستحب استحسان الضحية واستسمانها؛ تعظيماً للشعائر، فإنها من تقوى القلوب، و﴿لَنْ يَنَالَ اللَّهُ لُحُومَهَا وَلَا دِمَآؤُهَا وَلَكِنْ يَنَالَهُ الْقَوَى مِنْكُمْ﴾^(٢).

الركن الثاني: الوقت

ولا تُجزئ الضحية إلا في يوم النحر وأيام التشريق. ودماءُ الجبرانات في الحج لا تختصُّ بوقت. وفي مندورات دماء الحج خلاف.

ثم النظر في أول الوقت وآخره. وأوَّله إذا مضى من يوم النحر بعد طلوع الشمس مقدار ما تزول كراهية الصلاة وتَسَعُّ ركعتين وخطبتين. ثم في وجه: تعتبر ركعتان يقرأ فيهما (ق) و(اقتربت) وخطبتين طويلتين، كذلك فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٣)، وفي وجه: تكفى ركعتان خفيفتان وخطبتان خفيفتان، ولكن لا ينتهي إلى القناعة بأقل ما يجزئ. وقال المرازمة: يُعتبر في الخطبة الخفيفة، وإنما الخلافُ في خِفة الركعتين؛ لقوله (عليه السلام): «قَصُرُ الخطبة وطولُ الصلاة مُنْتَنَةٌ عن فقه الرجل»^(٤). وقيل: الخطبة لا تعتبر أصلاً؛ لأنه ليس بركن.

وأما آخره، فغروبُ الشمس من آخر أيام التشريق. وتصح التضحية في هذه الأيام

(١) الحديث عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: دم عفراء أحبُّ إلى الله من دم سوداوين، أخرجه البيهقي (٢٧٣/٩) ووقفه البخاري على أبي هريرة وقال إن رفعه لا يصح، كما قال الشوكاني. والهيتمي (جمع ٤/١٨) وابن حجر في التلخيص (٤/١٤٢) وابن كثير (٥/٤١٦) والألباني في السلسلة الصحيحة (٤١٦).

وعن أبي هريرة أيضاً مرفوعاً بلفظ: دم عفراء أحبُّ إلى من دم سوداوين، أخرجه أحمد (٤١٧/٢) والحاكم (٤/٢٢٧).

وفي لفظ: دم عفراء أَرَزَكَ عند الله، الحاكم (٤/٢٢٧) والهيتمي (٤/١٨) والبخاري في الكبير (٤/١٩٨) وذكر الشوكاني في نيل الأوطار (٥/١١٨) أن الطبراني رواه في الكبير عن ابن عباس بلفظ: دم الشاة البيضاء عند الله أَرَزَكَ من دم السوداوين، قال وفيه حمزة النصيبى قد اتهم بوضع الحديث. ورواه الطبراني أيضاً وأبو نعيم من حديث كبيرة بنت سفيان نحو الأول أ.هـ.

(٢) الآية [الحج: ٣٧].

(٣) سبق تخريج ذلك وانظر: مسلم (٨٩١) والترمذي (٤١٥/٢) والنسائي (٣/١٨٣) وابن ماجة (١٢٨٢).

(٤) سبق تخريجه، وانظر: مسلم (٨٦٩) وأبو داود (١١٠٦) وأحمد (٤/٢٦٣ ح ١٨٣٤٣).

ليلاً ونهاراً. وقال مالك، رحمه الله: لا تجزئ بالليل. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا تجزئ في الثالث من أيام التشريق.

ثم من فاته فلا معنى لقضائه، فإنه لا بُدَّ من الصبر إلى العيد الثاني، وعند ذلك يقع عن حق الوقت.

الركن الثالث: الذابح

وكلُّ من حلَّ ذبيحته صحَّ مباشرته للتضحية، لكن لا يتصور التضحية من العبد والمستولدة والمدبر؛ إذ لا ملك لهم على الصحيح. ولا تصحُّ من المكاتب بغير إذن سيِّده، وبإذنه وجهان.

ولو وكل كتابياً بذبح الضحية دون النية جاز، وعليه أن ينوى كما لو وكله بأداء الزكاة جاز إذا نوى هو.

ويستحب أن يتولَّى الذَّبْحَ بنفسه^(١)، فإن عجز فَيَشْهَدُ ضَحيَّتَهُ ويَدْعِي عَنهُ الذَّبْحَ. ولو وكل مسلماً بالذبح والنية، جاز.



الركن الرابع: في كيفية الذَّبْحِ

والنظرُ في الواجبات، والسُّنَن، وما يخصُّ الضحايا.

أما الواجبات، فهو التذفيف^(٢) بقطع تمام الحلقوم والمرئ بالة - ليس بعظم - من حيوان فيه حياة مستقرة.

أما القطع، فاحترزنا به عن اختطاف رأس العصفور بُندقة، فإنه لا يبيح. وأما الحلقوم والمرئ فظاهران، ويقطعهما ينقطع الودجان، ولكن لو تكلف ولم يقطعهما: جاز. وقال مالك، رحمه الله: لا يجوز. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: هذه أربعة، فيكفي قطع ثلاثة منها، ولا يكفي قطع اثنين.

وأما (التمام) فاحترزنا به عما لو بقى من الحلق جلدة يسيرة فانتهى الحيوان إلى حركة المذبح، ثم قطع بعده، فهو حرام. ولو قطع من القفا وأسرع حتى لم ينته إلى حركة المذبح قبل قطع المذبح، فهو جائز.

وأما (التذفيف)، أردنا به أنه ابتداء الذبح، وابتداء غيره نزع الحشوة منه فهو ميتة،

(١) انظر: صحيح البخاري (٥٥٥٨).

(٢) التذفيف: الإجهاز على الذبيحة، وجرحها جرحاً يؤدي إلى الموت، والمقصود به الإسراع في الذبح. انظر: للمصباح المنير (٣٠٢/١) القاموس (ص ١٠٤٧).

وكذلك كل جرح يقارن الذبح ويؤثر في التلذيف.

أما العظم، فهو منتهى عنه^(١) حتى يحرم الصيد المحروح بسهم نصله من العظم. وأما الحياة المستقرة فلا بُدَّ منها. ولو أخرجنا شاة من ماء أو تحت هدم وبها حركة المذبوح، فلا يُبيح ذبحها. فلو شككنا في أن حياتها كانت مستقرة أم لا، فالوجه تغيب التحريم. فإن غلبت على الظن - بعلامات - استقرار حياتها: حل، وقال المزني، رحمه الله: من علامته أن يتحرك بعد الذبح. وقيل: أن ينفجر الدم، وليست هذه علامات قاطعة، فقد تخرج حشوة المذبوح وهو يتحرك بعد، لكن جملة من هذه العلامات مع قرائن أحوال لا يمكن وصفها قد تحصل ظناً غالباً فيؤخذ به، مع أن الأصل بقاء الحياة.

أما السنن، فيستحب تحديد الشفرة، والتعامل عليها بالقوة، وإسراع القطع، وتوجيه الذبيح نحو القبلة كما جرت العادة، والتسمية. ولا بأس أن يقول: بسم الله، ومحمد رسول الله، بالرفع^(٢). ولا يجوز أن يقول بسم محمد، ولا أن يقول: بسم الله ومحمد رسول الله؛ فإنه تشريك.

ويستحب ذبح البعير في اللبة فإن ذبحه يطول عليه العذاب؛ لطول عنقه. ثم النحر في اللبة بقطع الحلق والمرئ أيضاً. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: ترك التسمية عامداً مُحَرَّمٌ.

أما ما يختص بالضحية، فإن يقول: اللهم منك وإليك؛ فتقبل مني. ولا بد من نية

(١) سبق ذكر ما ورد في النهي عن ذلك وتخريجه وانظر: البخاري (٥٥٠٣) ومسلم (الأضاحي ب ٤ ح ١٩٦٨) والنسائي (٢٢٦/٧).

(٢) هذا من حديث عائشة أن النبي ﷺ أمر بكبش أقون يطأ به ليضحى به فقال لها سواد وينظر في سواد فأتى به ليضحى به فقال لها: يا عائشة هلمي المديّة ثم قال: اشحذوها على حجر ففعلت، ثم أخذها وأخذ الكبش فأضجعه، ثم ذبحه، ثم قال: بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد ثم ضحى، أخرجه مسلم (الأضاحي ١٩) وأبو داود (الضحايا ب ٤) وأحمد (٧٨/٦) والبيهقي (٢٨٦، ٢٦٧/٩) وابن حجر في التلخيص (١٣٨/٤) وشرح معاني الآثار (١٧٧/٤) والزيلعي في إتحاف السادة المتقين (٣٩٨) وابن حجر أيضاً في فتح الباري (١٢/١٠).

وأيضاً فإن الله سبحانه وتعالى أمر بالإحسان في كل شيء ففى الحديث إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم شفرته فليرح ذبيحته، أخرجه: مسلم (١٩٥٥) عن شداد بن أوس رضى الله عنه مرفوعاً به.

الضَّحِيَّةُ عند الذَّبْحِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَيَّنَ الشَّاةَ لِلضَّحِيَّةِ مِنْ قَبْلِ، فَاَلْمَذْهَبُ أَنَّ تِلْكَ النِّيَّةَ تَكْفِيهِ.

وصريحُ لفظ التعيين أن يقول: جعلتُ هذه ضحيةً. أما لو قال: لله على ضحية، ثم قال: عيَّنتُ هذه الشاة لنذري، ففي التعيين وجهان. ولو قال: لله على أن أضحي بهذه الشاة، ففي التعيين وجهان مرتبان، وأولى بالتعيين. وكذا الخلاف في نظيره من العتق. والعبء بالتعيين أولى؛ لأنه ذو حق فيه. ووجه قولنا: لا يتعين أن الحق قد ثبت في الذمة، فلا يتحول عنها إلى العين إلا بالأداء. ولو قال: جعلت هذه الدراهم صدقة، ففي التعيين وجهان، ولو كان عليه نذر فقال: جعلتُ هذه عن نذري، لَغَا تَعْيِينُهُ؛ لِضَعْفِ اللَّفْظِ والغرض في التعيين. ولو قال: لله على أن أتصدق على هذا الشخص، فهذا أولى بالتعيين من تعيين الدراهم، بل هو قريب من العتق.

ثم إذا تعين الشاة، اختصَّ بوقت الضحية. ولو قال: لله على أن أضحي بشاة، ففي تعيين الوقت وجهان من حيث إنه يشبه دماء الجيرانات لكونه في الذمة. والصحيح: أن ذكر وصف الضحية يُوجب تعيين الوقت. فإن قلنا: لا يتعين الوقت، فلو قال: جعلت هذه الشاة عن جهة نذري، ففي التأقيت وجهان، والقياس أن لا يلزم؛ لأنه عيَّن عن جهة ما التزم.

الفصل الثاني من الكتاب

النظر في أحكام الضحايا

وهي ثلاثة:

الأولى: التَّلَفُ، فإذا قال: جعلتُ هذه الشاة ضحيةً، فماتت فلا شيء عليه، إلا أن يكون قد عيَّنها عن نذر سابق وقلنا: إنها تتعين، ففي وجه: أنه كان تعيينه بشرط الوفاء، فإن ماتت فعليه الإبدال.

وأما إذا أتلَّفها أجنبي، فعليه قيمتها يشتري بها ضحيةً، فإن لم يَفِ، فليس عليه التكميل.

أما المالك إذا أتلَّف، ففي وجوب التكميل وجهان من حيث إنه كالملتزم للضحية. والشَّقْصُ لا يجزئ؛ فلا بُدَّ من الإتمام. وإن زادت القيمة، فيشتري بها كريمة. وإن تعذر فوجهان: أحدهما: أنه يُشْتَرَى به شَقْصٌ للضرورة، وكذلك إذا كان ما غرمه الأجنبي أقلَّ من ضحية. والثاني: أنه يُصَرَّف مصرف الضحايا، حتى لو اشترى منه خاتماً يفتنيه

ولا يبيعه، جاز.

هذا في الهلاك. أما إذا ذبحه أجنبي في وقت الضحية، فحيث لا تُشترط النية اكتفاءً بالتعيين السابق، فقد وقع الموقع. وإن قلنا: لا بد من النية، فقد فانت القرية، وفي لحمه وجهان:

أحدهما: أنه يعود إلى مالِكها وتنقل عنه الضحية، وعلى الذابح أرض نقصان الذبح. والثاني: أنه يُصرف مَصْرَفَ الضحية وإن لم تكن ضحيةً.

وإنما تفوت القرية دون الاستحقاق، ولا يجب على الأجنبي إلا نقصان الذبح. وحيث قلنا: يقع الموقع، ففي لزوم أرض الذبح قولان: أحدهما: نعم؛ لِعُدْوَانِهِ. والثاني: لا، لتأدي الواجب به.

هذا إذا لم يُفَرَّق الأجنبي اللحم، فإن فَرَّق، فاللحم مُشْتَرَدٌ مِمَّنْ أخذه؛ لأن التعيين إلى المضحي، فإن تعذر فعلى الذابح قيمة اللحم وأرض الذبح جميعاً وإنما سقط أرض الذبح - على قول - إذا تأدت القرية به، والآن فقد فات بتفريقه.

ثم في كيفية تغريم كلِّ مَنْ ذبح شاةً غيره وأكل لحمه وأتلف، قولان: أحدهما: أنه تحب قيمتها حيةً. والثاني: أنه يجب أرض نقصان الذبح وقيمة اللحم؛ لأنه ذبح ملكه وأكل ملكه، وهذا قد يقتضى زيادة قيمة.

الحكم الثاني: التعيب: ومهما لم يلزمه شيء بالتلف، فلا يلزمه بالتعيب. ولكن لو كان العيب بحيث يمنع الإجزاء في الضحية، فهل يتفك عن الضحية، والشاة معينة؟ فوجهان: أحدهما: نعم كالتلف. والثاني: لا، بل تجزى مُجْزَى الضحايا.

ولو قال ابتداءً لشاة معينة: جعلت هذه أضحية، وجب صرفها إلى مصرف الضحايا على الصحيح؛ إذ لا محتمل لكلامه إلا هذا. ولو قال لِطَبِيبَةٍ: جعلت هذه أضحية، لفأ قوله. ولو قال لفصيل، فوجهان، وكأن السنَّ دائر بين العيب والجنس.

ولو قال: لله على أضحية، ثم عيّن معينة للنذر، لا تبرأ بها ذمته. وهل يلزمه تفرقه لحماها؟ فيه وجهان. ولو زال العيب، ففي براءة الذمة بها وجهان. وأما إذا كان تعيب المعينة بفعله، فعليه التضحية بشاة صحيحة بدلاً عنها، وفي انفكك المعينة الوجهان المذكوران.

فروع: الأول: طرأ العيب والانكسار حالة قطع الحلقوم، لا يؤثر. وقبله وبعد الإضجاع للشاة وجهان ذكرناهما في انكسار الرجل. وإنما يليق التردد بما يكون من

اضطراب الذبح. أما إذا كان بسبب آخر فيظهر تأثيره. وقد قال القفال: ما يطرأ على الهدى المسوق إلى الحرم بعد بلوغ الحرم: لا يؤثر؛ لأنه قد بلغ محله. وخالفه الأصحاب؛ لأن من اشترى في الحرم الهدى، فتعيب قبل الذبح. أثر ذلك فيه، فأى أثر للسوق؟.

الثاني: لو قال: لله على أن أضحي بعرجاء، ففيما يلزمه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه تلزمه صحيحة. والثاني: أنه لا شيء عليه كنذر الظئيلة. والثالث: أنه لا يلزمه إلا العرجاء.

الثالث: ضلال الشاة كتلفها، وإنما نريد أنها لو وجدت بعد أن أوجبنا عليه البذل وقد ضحاه، ففي انفكك الضالة قولان: أحدهما: أنه ينفك؛ إذ لا وجه للتضعيف، وقد ضحي البذل. والثاني: أنه يُضحي أيضاً؛ لأنه الأصل.

وإن لم يكن قد ضحي البذل اقتصر على الأصل، إلا أن يكون قد عيّن البذل بلفظه، فأى الشاتين تذبح؟ فيه أربعة أوجه: أحدها: البذل. والثاني: الأصل. والثالث: كلاهما. والرابع: يتخير أيهما شاء.

الحكم الثالث: الأكل: وهو جائز من المتطوع به. وهل يجوز أكل الجميع، أم لا تتأذى السنة إلا بتصدق شيء منه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأن المقصود إراقة الدم والضيافة، وقد يستوى في ضيافة الله تعالى المالك وغيره.

والثاني: أنه يتصدق بما ينطلق عليه الاسم؛ لقوله تعالى: ﴿فكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾.

ولا يكفي في هذا القدر الإطعام، بل لابد من التملك للفقير، ولا يكفي تملك الغنى. ثم للفقير أن يملك من شاء من غنى وفقير. ويجوز إطعام الأغنياء من الضحية. وعلى كل قول فالتصدق بالكل أحسن، وكان من شعار الصالحين تناول لُقمة من كبد الضحية أو غيرها. وقال علي، رضى الله عنه، في خطبته بالبصرة: «أما إن أميركم رضى من دنياكم بطمريه، ولا يأكل اللحم في السنة إلا الفلانة من كبد أضحيته».

ثم كمال الشعار يتأذى بالتصدق بالنصف؛ لقوله تعالى: ﴿فكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا﴾^(١)، وقيل: تتأذى بالثلث؛ لقوله عليه السلام: «كلوا منها، وأذخروا،

والتجروا» (١)، أى اطلبوا الأجر بالتصدق.

وما يجوز أكله فلا يجوز إتلافه، ولا أن يملك الأغنياء ليتصرفوا فيها بالبيع؛ لأن الضيافة مقصودة.

فرع: لو أكل الكل على قولنا: يمتنع ذلك، فقيماً يلزمه من الغرم وجهان: أحدهما: قدر ما ينطلق عليه الاسم، وهو الصحيح. والثاني: النصف أو الثلث.

هذا كله فى المتطوع به، أما المنذورة، ففي جواز الأكل منها وجهان: أحدهما: أنها كالمتطوعة. والثاني: أنه لا يجوز الأكل منها كدماء الجبرانات.

فإن قيل: ما حكم جلد الضحية؟ قلنا: الصحيح أنه لا يباع، لكن يُنتفع به فى البيت أو يتصدق به. وحكى صاحب «التقريب» قولاً بعيداً: أنه يباع، ويُصرف ثمنه مصرف الضحايا، وهو ضعيف. نعم، قال: «لو تصدق بالجلد بدلاً عن اللحم - إذا قلنا: إن عليه التصدق - لم يُجزه ذلك». وهو أحسن.

فرع: ولد الضحية المعينة: لها حكم الأم، والصحيح أن التصدق يجرى من الأم يُسلط على أكل جميع الولد كما يُسلط على أكل جميع اللبن؛ فإنه فى حكم جزء. وفيه وجه: أنه لا بد من التصدق بشيء من الولد؛ لأنه حيوان مستقل.

فرع آخر: لو اشترى شاة، ثم قال: جعلتها ضحية، ثم وجد عيباً، امتنع ردها، وله طلب الأرض كما بعد العتق. وقال العراقيون: يُسلك بالأرض مسلك الضحايا. وهو بعيد؛ لأنه لم يُعَيَّن إلا المعيبة، وظنُّه السلامة لا ينبغي أن يلزمه أرض السلامة.

واختتام الكتاب بباب العقبة (٢)

وهى سنة عندنا، واجبة عند داود، بدعة عند أبي حنيفة رحمه الله.

وحكمها حكم الضحية: فى الأكل، والتصدق، والسلامة من العيوب. لكنها عبارة عن شاة تُذبح فى سابع ولادة المولود، لا تتأقت بيوم النحر، بل يدخل وقتها بالولادة كما يدخل وقت دماء الجبرانات بأسبابها.

وفى الخبر «يُعقُّ عن الغلام بشاتين، وعن الجارية بشاة» (٢) ثم تكفى الشاة عن العلام

(١) الحديث بهذا اللفظ: أخرجه: أحمد (٥/٧٦، ٧٥) والبيهقى (٩/٢٩٢) والبقوى (٤/٣٦٠)

والصحيح عن عائشة مرفوعاً وفيه: إنما نهيتكم من أجل الدافة فكلوا وادحروا وصدقوا، أخرجه مسلم (الأضاحى ٢٨) وأبو داود (الضحايا ب ١٠) والنسائى (٧/٢٥٣) وأحمد (٦/٥١٦) والبيهقى (٥/٢٤٠، ١٩٣/٢٩٣) وابن حجر فى التلخيص (٤/١٤٤) والمتقى الهدى (١٢٢٦٢).

(٢) العقبة: الذبيحة التى عن المولود يوم سبوعه عند حلق شعره - انظر: المعجم الوسيط (٢/٦١٦).

وفاقاً. نعم، تختص العقيقة بأنه لا يُكسر منها عظامُ الشاة، فقد ورد فيها خبر^(١). ولعله تفاؤلُ بسلامة أعضاء المولود، فتتنضج، وتفصل المفاصل. وتفرقُ اللحم أولى من دعاء الناس إليه. وقال الصيدلاني: يجوز التصدقُ بالمرقة. وهذا، إن أراد به أنه يكفي عن التصدق بمقدار من اللحم - إذا قلنا: لا بد منه - ففيه نظرٌ.

قال الشافعي، رضى الله عنه: وعادةُ العرب تلطيخُ رأس الصبي بدم العقيقة، وهو مكروه^(٢).

نعم، يُستحب أن يُسمَّى الصبي في السابع، ويُحلق شعره، ويتصدق بزنته ذهباً أو فضة.

* * *

(٣) الحديث عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «عن الغلام شاتان مكافأتان وعن الجارية شاة»، أخرجه: أبو داود (٢٨٣٤/٢٨٣٦) والترمذي (١٥١٦) والنسائي (العقيقة ب٣، ٤) وابن ماجه (٣١٦٢) وأحمد (١٨٣/٢، ١٩٤، ١٣/٦) والدارمي (٨١/٢) والبيهقي (٣٠١/٩، ٣٠٢، ٣١١) والبخاري (٢٦٧، ٢٦٥/١١) والمتقي الهندي (٤٥٢٨٩، ٤٥٢٨٨) والهيتمي في موارد (١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠) والتبريزي (٤١٥٢) والطحاوي في مشكل الآثار (٤٥٧/١، ٤٦١) وابن عبد البر في التمهيد (٣٠٥، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧) وابن أبي شيبة (٥٠/٨، ١٤، ٢٢٢) والساعاتي في بدائع المنن (١١٣٢/١٧٧٢) والحميدي (٣٤٥، ٣٤٦) وابن عساكر (١٠٣/٢) والألباني في إرواء الغليل (٣٨٩/٤). وعندهم عنها أيضاً بلفظ: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نعن عن الجارية شاة وعن الغلام شاتين».

(١) لم يرد في ذلك خبر مرفوع إلى رسول الله ﷺ وإنما جاء من حديث مرسل أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٢/٩) عن جعفر بن محمد عن أبيه أن النبي ﷺ قال في العقيقة التي عقتها فاطمة عن الحسن والحسين: «أن ابعثوا إلى بيت القابلة برجل، وكلوا، وأطعموا، ولا تكسوا منها عظماً».

(٢) هذا من حديث بريدة الأسلمي قال: «كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ولطح رأسه بدمها، فلما جاء الله بالإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران» أخرجه أبو داود (٢٨٤٣) قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٣٥/٥) حديث بريدة أخرجه أيضاً أحمد والنسائي قال في التلخيص وإسناده صحيح. وقد ورد النهي عنه ﷺ بلفظ: «يعق عن الغلام ولا يمس رأسه بدم»، أخرجه: ابن ماجه (٣١٦٦) والمتقي في كنز العمال (٤٥٢٨٥) وابن حجر في فتح الباري (٥٩٤/٩) وهو مرسل أيضاً من رواية أيوب بن موسى عن يزيد بن عبد الله المزني به. قال ابن حجر يزيد لا صحبة له.

كتاب الأطعمة

وفيه بابان:

الباب الأول: في حالة الاختيار

والحيوان والجمادات أكثر من أن تُحصَى، لكن الأصل فيه الإباحة؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوْحِي إِلَيَّ مَحْرُومًا﴾^(١) الآية. فجميع ما يُمكن أكله مباحٌ إلا ما يستثنيه عشرة أصول:

الأول: ما حرم بنص الكتاب: كالخمر، والخنزير، والدم، والمنخنقة، والموقوذة^(٢). كذلك ما حرم بالنص عليه في السنة كالخمر الأهلية.

الأصل الثاني: ما في معنى المنصوص عليه، كالنبيذ الذي هو في معنى الخمر المنصوص عليه.

الأصل الثالث: كل ذي نابٍ من السباع، وكل ذي مخلبٍ من الطير، إذ نهى رسول الله ﷺ عنه^(٣). يحرم الفيل؛ لأنه ذو ناب مكأوح^(٤)، وكذا الدب. ومن

(١) الآية - ١٤٥ - الأنعام - والآية من أدلة أن الأصل في الأشياء الإباحة والأدلة على ذلك كثيرة جدًا منها: عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال: [إن أعظم المسلمين في المسلمين حرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته] أخرجه البخاري (١١٧/٩) ومسلم (الفضائل ١٣٢) وأبو داود (٤٦١٠) والحاكم (٦٢٦/٣) وابن الجارود في المنتقى (٨٨٢) والسيوطي في جمع الجوامع (٦٢٢٢) والتبريزي (١٥٣) والطحاوي في مشكل الآثار (٢١٢/٢) وابن حجر في فتح الباري (٢٦٤/١٣) والقرطبي في تفسيره (٣٣٥/٦).

وحديث أبي هريرة مرفوعاً [ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم، بكثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم] أخرجه مسلم (الفضائل ب ٣٧ رقم ١٣١، ب ٣٧ رقم ٤١٢) والنسائي (الحجج ب ١) وابن ماجه (٢) وأحمد (٢١٣/٢، ٤٨٢، ٤٩٥، ٥١٧) والبيهقي (١/٣٨٨، ٤/٢٥٣، ٧/٣٢٦، ١٠٣) والهيثمي (١/١٥٨) وابن عبد البر في التمهيد (١/١٤٨) وابن خزيمة (٢٥٠٨).

وأدلة ذلك تحتاج إلى رسالة خاصة انظر: نيل الأوطار (١٠٧/٨).

(٢) المنخنقة: هي التي غمرت بالخنق، خنقه خنقاً، عصر حلقه حتى مات، فالفاعل: خناق، والمفعول: خنق، وخنق، وخنوق، وهي (بتاء) فيهما. انظر: المعجم الوسيط (١/٢٦٠).

الموقوذة: التي وقذت بالعصا حتى ماتت. المعجم الوسيط (٢/١٠٤٨).

(٣) انظر نهيه ﷺ فيما رواه عنه أبو ثعلبة الخشني بألفاظ منها [نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع] أخرجه البخاري (٥٥٣٠) ومسلم (١٩٣٢) وأبو داود (٣٨٠٢) والنسائي (٧/٢٠٠) والترمذي (١٧٩٦) وابن ماجه (٣٢٣٢). وعن ابن عباس بلفظ [نهى رسول الله ﷺ عن كل -

ذوات المخلب: البازي^(١)، والشاهين، والصقر، والعقاب، والنسر، وجميع جوارح الطير.

والتعلب، والضبع، والضب حلال عند الشافعي، رضى الله عنه، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله؛ لورود أحاديث فيها^(٢). وترددوا في ثلاثة حيوانات:

أحدها: ابن آوى، قطع المرازمة بتحريمه، وذكر العراقيون خلافاً. والثاني: ابن عرس، تردد العراقيون فيه؛ لتردد شبهه بين التعلب والكلب. والثالث: الهرة الوحشية، فيها تردد؛ لتردها بين الهرة الأهلية والأرنب، وربما يُظن أن أصلها إنسية فتوحشت، في سبني القحط.

ولا يحل السنور؛ لما روى أنه، عليه السلام، قال: «الهرة سبُع»^(٣)، ولأنه يضطاد

= ذى ناب من السباع وعن كل ذى غلب من الطير، أخرجه مسلم (١٩٣٤).

(٤) كإح من كإح فلاتا كإح: قاتله فغلبه، كإح: قاتله. انظر: المعجم الوسيط (٨٠٤/١)

(١) البازي: جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم، تميل أجنحتها إلى القصر، وتميل أرجلها وأذناها إلى الطول. ومن أنواعه: الباشق، والبيدق. جمع: بواز، وبزاة- انظر: المعجم الوسيط (٥٥/١)

(٢) لم يرد خبراً في حل التعلب، والضبع وإنما هما من كل ذى ناب من السباع كالأسد والذئب والنمر والفيل والقرود وكل ماله ناب يتقوى به ويضطاد. قال في النهاية: وهو ما يفترس الحيوان ويأكل قسراً كالأسد والنمر والذئب ونحوها. وقال في القاموس: والسبُع بضم الباء وفتحها المفترس من الحيوان انتهى.

والتعلب، والضبع لم يرد فيهما نص للحل وهما من جنس السباع، وإنما أخذ الشافعي الحل من كونهما لا يعدوان. قال الشوكاني في نيل الأوطار (١١٦/٨) ووقع الخلاف في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع والهر. وقال الشافعي: يحرم من السباع ما يعدو على الناس كالأسد والنمر والذئب وإما الضبع والتعلب فيحلان عنده لأنهما لا يعدوان أ.هـ.

أما الضب فقد ورد في حله أحاديث منها عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ سئل عن الضب، فقال: «لا آكله، ولا أحرمه»، وعنه أن النبي ﷺ كان معه ناس فيهم سعد فأتوا بلحم صب فنادت امرأة من نسائه إنه لحم ضب، فقال رسول الله ﷺ: «كلوا فإنه حلال، ولكنه ليس من طعامي»، الحديث الأول أخرجه البخاري (١٣٤/٩) ومسلم (١٥٤٢) والترمذي (١٧٩٠) والنسائي (١٩٧/٧) وابن ماجه (٣٢٤٥) وأحمد (٩/٢، ١٠، ٩٧/١٠، ٨١، ١٥) والطبراني (١١٩) والحميدي (٦٤٢، ٦٤١/٤٨٧).

والحديث الثاني أخرجه: مسلم (الصيد ب ٧ رقم ٤٢) وأحمد (١٣٧/٢) والزيدي (٧١/٦) والمتقي (٤١٧٨٩)، (٤١٧٩١) وابن حجر في فتح الباري (٣٤٣/١٣).

(٣) أخرجه: أحمد (٤٤٢/٢) وابن أبي شيبة (٣٢/١) والدارقطني (٦٣/١) والهيتمي (٤٥/٤)=

بالناب، وتأكّل الجيف؛ فأشبه الأسد. ويحلّ أكل الخيل؛ لما روى حاتم قال: ذبحنا يوم خيبر: الخيل والبغال والحمير، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل (١).

وأما الدُّلّ قطع الشيخ أبو محمد بتحريمه (٢). وأما السنور، والسنجاب وما يشبههما - فالأظهر إلحاقهما بالثعلب، وقيل: هو كابن عرس.

الأصل الرابع: ما أمر رسول الله ﷺ بقتله في الحلّ والحرم، وهي الفواسق الخمس: الغراب، والحدأة، والفأر، والعقرب، والحية (٣). وفي معنى المنصوص كل سبيع ضار، كالذئب، والأسد، والفهد، والنمر، والكلب العقور، وما ليس عقوراً فهو محرم؛ لأنه ذو نابٍ يعدو به كالهرة.

الأصل الخامس: ما نهى رسول الله ﷺ عن قتله؛ فإن ذلك يدل على التحريم؛ إذ لو حلّ، لحلّ ذبحه، كما أن الأمر بالقتل يدل على التحريم؛ إذ لو حلّ لأمر بالذبح لا بالقتل. وقد نهى عن قتل الهدهد، والخطاف، والنحل، والصرد، والنمّة (٤). وقد نص

= وانطحاوى (٢٧٢/٣) والحاكم (١٨٣/١) وقال: حديث صحيح ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي، وفي إسناده عيسى بن المسيب ضعفه ابن معين وأبو داود والنسائي وابن حبان. وابن أبي حاتم في علل الحديث (٤٤/١) والشيخ الألباني في الضعيفة (٥٣٤).

(١) الحديث أخرجه البخاري (٥٥٢٠) ومسلم (١٩٤١) والترمذي (١٧٩٣) والنسائي (٢١٠/٧) وابن ماجه (٣١٩١).

(٢) الدُّلّ: حيوان شائك قارض، من آكلات الحشرات، وهو نوع من القنافذ. وانظر المعجم الوسيط (٢٩٢/١).

وفي تحريمه حديث ضعيف عن أبي هريرة رضي الله عنه أن القنفذ ذكرت عند النبي ﷺ فقال: «خبينة من الخبائث» وقول أبي هريرة مرفوعاً هذا من حديث عيسى بن عتبة. قال الشوكاني في نيل الأوطار (١١٧/٨) قال الخطابي ليس إسناده بذلك وقال البيهقي إسناده غير قوي ورواه شيخ مجهول وقال في بلوغ المرام إسناده ضعيف. أخرجه: أبو داود (٣٧٩٩) والبيهقي (٣٢٦/٩) وابن كثير (٣٤٧/٣) والقرطبي (١٢٠/٧).

(٣) هذا من حديثي حفصة، وعائشة رضي الله عنهما أخرجهما البخاري (١٨٢٦) ومسلم (١١٩٨) والترمذي (٨٣٧) وابن ماجه (٣٠٨٧).

(٤) وهذا من حديث ابن عباس مرفوعاً: أخرجه: أبو داود (٥٢٦٧) وابن ماجه (٣٢٢٣) وأحمد (٣٣٢/١) والخطيب في تاريخ بغداد (١٢٠/٩) والسيوطي في الدر المنثور (١٢٣/٤) والبيهقي (٣١٧/٩) والطحاوي (٣٧١/١) وأبو نعيم (٧٠/٢).

أما الخطاطيف فقد جاء النهي من حديث منكر: رواه ابن الجوزي في الموضوعات (١٨٩/١) وأبو داود في المراسيل (ص ٢٨١) والبيهقي (٣١٨/٩).

الشافعي، رضى الله عنه، على أن المحرم يقدى الهدء بالجزاء، ولا يقدى عنده إلا حلالاً، واختلف الأصحاب فى حله لذلك.

وأما اللقلق (١)، فالأظهر أنه يحل؛ لأنه كالكركي.

وأأنواع الحمامات حلال، وهنَّ كلُّ ذاتِ طَوْق. وأنواعُ العصافير وإن اختلف ألوانها حلال - وهى كثيرة. والفاختة واليمام، والقُمري من الحمامات. والزُرُور، والصغوة من العصافير. وإنما يُنظر فيه إلى تقارب الأشكال، لا إلى الألوان.

وأما الغربان، فإنها من الفواسق مع الحداة. والبغائنة فى معنى الحداة، وهى ذاتٌ خلسٍ ضعيف، ولكنها تقرب من الحداة. والغرابُ الأبقع هو المقطوع بتحريمه، أما الأسود الكبير، فألحقه المرازمة بالأبقع، وتردد فيه العراقيون. وأما غراب الزرع - وفيه غبرة ليست كثيرة، ومنه المحمرة المناقير والأرجل - ففيها تردد.

وأما طير الماء فمباح كله، وكذا جميع حيواناته، إلا ماله نظير فى البرِّ محرم، ففيه قولان ذكرناهما.

الأصل السادس: كل ما استخيثته العرب، فهو حرام، لقوله تعالى: ﴿يَسْتَلُونَك مَآذَا أَحِلَّ لَهُم قُلْ أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ (٢)، وإنما خرج على ما هو طيبٌ عندهم، فالحشرات كلها مستخثبة، وكانت العرب تستخثب الباز والشاهين والنسر والصقر، كما تستخثب العظاية (٣) واللحكاء والخنافس. واللحكاء: دويبة تغوص فى الرمل مثل الأصبع. والعظاية مثل الوزغ. والضفدع والسُلْحَفَة من المستخثبات، وكذا السرطان. ولا يحل من الحشرات شئ إلا الضبة. وفى أم حَبِين (٤) تردد، وفى الآثار أنها تقدى بحلّان، وكأنه ولد الضب، وذوات الأجنحة من الحشرات كالذباب؛ فإنها مستخثبة؛ وإنما يحل منها الجراد. وفى الصرارة تردد، لتردده بين الخنافس والجراد، وهو بالخنفساء أشبه. وفى القنفذ تردد؛ لما روى أن ابن عمر، رضى الله عنه، أفتى بحله،

(١) اللقلق: طائر من الطيور القواطع، وهو كبير طويل الساقين والعنق والمقار. أحمر الساقين والرجلين والمقار. انظر: المعجم الوسيط (٢/٨٣٥).

(٢) الآية المائدة: [٤].

(٣) العظاية: دويبة من الزواحف ذوات الأربع تعرف فى مصر بالسحلية. وفى سواحل الشام بالساقية. ومن أنواعها الضباب. وسواء البرص. انظر المعجم الوسيط (٢/٦١٠).

(٤) أم حَبِين: هى دويبة على حلقة الجرياء، عريضة الصدر، عظيمة البطن على قدر انضفدع، عراء لها أربع قوائم. القاموس (ص ١٥٣٣).

واستدل بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ (١) الآية، فقام شيخ وقال: أشهد أن رسول الله ﷺ قال: «إنها من الخبائث»، فقال ابن عمر. رضى الله عنه: «إن قال، فهو كما قال»، فمسبب التردد في قول الشيخ وعдалته (٢). ثم لا وجه فيما أشكل خبثه إلا الرجوع إلى العرب، فإنها - وإن كانت أمة كبيرة - فطباؤها متقاربة.

الأصل السابع: ما أخبر الله تعالى عنه ورسوله ﷺ أنه كان حراماً على الأمم السالفة، فهو حرام على أحد القولين وإن لم يكن ففى شرعنا ذكر تحريمه عينا، ولا نرجع فى ذلك إلى قول أهل الكتاب؛ إذ لا يؤتق بقولهم. والقول الثانى من الاعتماد على عموم آية الإباحة أولى من اعتماد استصحاب حال (٣) الشرائع السابقة (٤).

الأصل الثامن: ما حكم بحله، إذا خالطته نجاسة، فهو حرام كالزيت النجس، وبيعه حرام. وإن ماتت فأرة فى سمن ذائب - أو غيره - فكذلك، وإن كان جامداً قووراً، وطرح ما حوله، والباقى طاهر، كذلك أمر رسول الله ﷺ (٥).

والجلالة - وهى الحيوان الذى يتعاطى العذرة والأشياء القذرة - حلال إن لم يظهر

(١) الآية [الأنعام: ١٤٥].

(٢) سبق تخريج هذا الحديث وتحقيقه انظر: نيل الأوطار (١١٧/٨).

(٣) الاستصحاب: أى استصحاب الحال لأمر وجودى أو عدى عقلى أو شرعى، ومعناه أن ما ثبت فى الزمن الماضى فالأصل بقاءه فى الزمن المستقبل مأخوذ من المصاحبة وهو بقاء ذلك لأمر ما لم يوجد ما يغيره فيقال الحكم الفلانى قد كان فيما مضى وكلمة كان فيما مضى ولم يظن عدمه فهو مضمون البقاء. قال الخوارزمى فى الكافى وهو آخر مدار الفتوى فإن المفتى إذا سئل عن حادثة حكمها من الكتاب ثم فى السنة ثم فى الإجماع ثم فى القياس فإن لم يجده فليأخذ حكمها من استصحاب الحال فى النفى والإثبات فإن كان التردد فى زواله فالأصل بقاءه وإن كان التردد فى ثبوته فالأصل عدم ثبوته. اهـ واختلفوا هل هو حجة عند الدليل على أقوال... انظر: إرشاد الفحول للشوكانى (ص ٢٣٧).

(٤) أما شرع من قبلنا فقد اختلف العلماء هل كان النبي ﷺ متعبدا به بعد البعثة أم لا على أقوال: الأول: أنه لم يكن متعبداً باتباعها بل كان منهايا عنها وإلى ذهب الشيخ أبو إسحاق الشيرازى فى آخر قوله واختاره الغزالى فى آخر عمره. قال ابن السمعانى: إنه المذهب الصحيح، وكذا قال الخوارزمى فى الكافى، واستدلوا بأنه ﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن لم يرشده إلا إلى العمل بالكتاب والسنة، ثم اجتهد الرأى وصحح هذا القول ابن حزم. واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾... انظر: إرشاد الفحول (ص ٢٤٠).

(٥) للحديث الذى أخرجه البخارى (٥٥٤٠) وأبو داود (٣٨٤١) والترمذى (٢٢٥/٤) والنسائى (١٧٨/٧) من حديث ميمونة، ومن حديث أبى هريرة مرفوعاً أخرجه أبو داود (٣٨٤٢)

النتن في لحمه، فإن ظهر النتن فهو نجسٌ وحرامٌ^(١)، وإن تكلف بالعلف إزالة رائحتها حَلَّتْ، وإن تكلف بالطبخ فلا. وجللها يطهر بالدباغ والذكاة إن لم تبق الرائحة في الجلد. وذكر العراقيون أن الجلالة تُكره ولا تحرم. أما الزرع فحلال وإن كثُر الزبل فيه؛ فإنه لا يظهر الرائحة فيه.

الأصل التاسع: ما حُكِمَ بجله، فميتته ومنخفته حرام، وبالجمله كل ما لم يُذبح ذَبْحاً شرعياً كما وصفناه، ولا يُستثنى عن ميتته إلا الجراد وحيوانات البحر؛ لقوله عليه السلام: «الحلُّ ميتته»^(٢)، عن المنخفة إلا الجنين الذي يوجد ميتاً في بطن المذبوح، فإنه حلال، ورَدَّ فيه الخبر.

الأصل العاشر: ما اكتسب بمخامرة نجاسة ككسب الحمام: فقد نهى رسول الله ﷺ عنه فرجوع مراراً فقال: «أَطْعِمْنِي عَبْدَكَ وَنَاضِحَكَ»^(٣)، وهذه كراهية، وليس بتحريم. وقد علل بأن ذلك مكتسب من حرفة خسيصة جائزة ومخامرة نجاسة.

وعندي أن التعليل بذلك يُوجب إلحاق أجرة الكناس والدباغ به، ولم يذهب إليه أحد، ولعل السبب فيه، أن الحمامة والفصد جرحٌ مفسد للبيئة، وهو حرام في الأصل، وإنما يُباح بتوهم المنفعة، وذلك مشكوك فيه، ويطرد هذا في أجرة من يقطع يداً مُتَاكِلةً لاستبقاء النفس، ولا يطرد في أجرة الجلاد الذي يقطع في السرقة. وقد أوردت هذه العلة في كتاب الحلال والحرام من كتب إحياء علوم الدين. وقد ذكر الشافعي، رضي الله عنه، في آخر هذا الكتاب الودك النجس والانتفاع به وبيعه، وقد ذكرناه في البيع.

الباب الثاني: في حالة الاضطرار

(١) النهي عن الجلالة ورد من حديث ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن شرب لبن الجلالة وفي رواية نهى عن ركوب الجلالة»، أخرجه البيهقي وصححه (٢٥٤/٥) والخطيب في تاريخ بغداد (٢٦٣/٦) قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٢٢/٨) أخرجه أيضاً أحمد وابن حبان والحاكم والبيهقي وصححه أيضاً ابن دقيق العيد ولفظه: «وعن أكل الجلالة وشرب لبنها، أ.هـ. وفي لفظ عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة ولبنها، أخرجه: الترمذي (١٨٢٤) وأبو داود (٣٧٨٥) والحاكم (٣٤/٢) والبخاري (٢٤٢/١١) والبيهقي (٣٣٢/٩) قال الشوكاني: حسنه الترمذي، واختلف على ابن أبي نجيح فقيل عن مجاهد عنه. وقيل عن مجاهد مرسلًا وقيل عن مجاهد عن ابن عباس، أ.هـ.

(٢) سبق تحريمه.

(٣) الحديث عن ابن عبيس عن أبيه أنه استأذن رسول الله ﷺ في إجازة الحمام، فنهاه عنها، فلم يرل يسأله ويستأذنه حتى أمره: أن اعلفه ناضحك ورقيقك، أخرجه أبو داود (٣٤٢٢) والترمذي (١٢٧٧) وابن ماجه (٢١٦٦).

قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(١)، فيباح تناول الحرام للضرورة. والنظر في حدَّ الضرورة، وجنس المستباح، وقدره.

أما الضرورة، فعني بها أن يغلب على ظنه الهلاك إن لم يأكل، وكذلك إن خاف مرضاً يخاف منه الموت لجنسه لا لطوله، وإن كان يخاف طول المرض وعُسْرَ العلاج، ففيه قولان. ولا شك في أنه لا يُشترط أن يصبر حتى يُشرف على الموت، فإن الأكل بعد ذلك لا يُعشه. والظنُّ كالعلم ها هنا كما في المكروه على الإتيان.

ثم إذا جاز الأكل، وجب أن لا يجوز السعي في الهلاك، وفيه وجه: أنه يجوز الاستسلام؛ تورعاً عن الحرام كما في الصيال. وهو ضعيف؛ لأن ذلك يترُ منهجة على منهجة.

وأما تحريم الميتة فلا ينتهي إلى هذه الرتبة، نعم يتجه ذلك ما دام المضطر غير قاطع بأن ترك الأكل يضُرُّه، بل ظاناً ظناً قريباً من الشك فإن ذلك يُذرك بنوع اجتهاد.

النظر الثاني: في قدر المستباح: وفي جواز الشبع - بعد تحقق الضرورة - نصوص مضطربة، حاصِلُها ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يجب الاقتصار على سدِّ الرَّمق؛ إذ رجع إلى حالة لا يجوز ابتداء الأكل على مثله وزال الخوف والاضطرار. والثاني: أنه يشبع؛ إذ نبيح للمضطر الأكل مطلقاً وتحققت الضرورة أولاً. والثالث: أنه إن كان في بلدٍ اقتصر على سدِّ الرَّمق، وإن كان في بادية وخاف إن لم يشبع أن لا يتقوى على المشي ويهلك، فيشبع، وهذا يستدعي مزيد تفصيل؛ فإن من علم في البادية أنه لو لم يشبع، ولم يتزود، لا يقوى ولا يجد غيره ويهلك، فيجب القطع بأنه يشبع ويتزود، ولا يفارق الابتداء الدوام في هذا وإن كان في بلد. ولو سدَّ الرَّمق ثم توقع طعاماً مباحاً قبل عود الضرورة: وجب القطع بالاقتصار؛ إذ الضرورة تُبيح إزالة الخوف دون الشبع. فإن كان لا يتوقع طعاماً ولكن يمكنه الرجوع إلى الميتة - إن لم يجد مباحاً - فها هنا يتجه التردد؛ إذا لو شبع لم يُعاود على قرب، وإن اقتصر عاد على القرب، فيحتمل أن يُقال هذا وإن لم يحز في الابتداء. ولكن بعد أن وقع في الأكل، فالأكل دفعة أقرب من المعاودة كل ساعة. والأقيس ما اختاره المزنّي، رحمه الله، وهو سدُّ الرَّمق إلحاقاً للدوام بالابتداء.

النظر الثالث: في جنس المستباح. ويباح الخمر لتسكين العطش؛ لأنه مُستيقن كإساعة اللقمة؛ بخلاف التداوى. ويباح كل حرام إلا ما فيه سفك دم معصوم. وليس له قتل ذمي، أو معاهد، ولا قتل عبده وولده، ويجوز له قتل المرتد والزاني المحصن وإن

كان ذلك منوطاً بالإمام^(١)، لأن الضرورة تقاوم هذا القدر، وكذلك قتلُ الحربية جائرٌ على الظاهر، وإباحة قتلِ ولدِ الحربى - وهو صغير - فيه نظرٌ والأظهر جوازُه؛ لأنه لا يُقاوم تحريمُه روحَ مسلم.

فروع: الأول: لو قُطِعَ فِلْدَةٌ من فخذِه - ولم يكن الخوفُ منه كالخوف من الجوع - ففى جوازِه وجهان. ولا يجوز أن يُقَطَّع من فخذِ عبده أو أجنبىٍّ آخر؛ لأن له أن يُفدى نفسه ببعض نفسه، ولا يمكن ذلك فى حقِّ غيره.

الثانى: إذا ظفر بطعام من ليس مضطراً مثله، فله أخذه، وليس للمالكه منعُه، ولكن الأصح أن يستأذن أولاً، فإن منعَ أخذه قهراً، فإن قاتله قدّم المالك هدرًا، ودُمُ المضطر مضمون بالقصاص عليه. ولو قال المالك: أبيع منك، فعليه الشراء. ثم إن كان بثمن المثل لزمه الشراء وإن زاد الثمن، فهو مضطرٌّ فى شرائه كالمُصَادِر، فلا يلزمه على أحد القولين إلا إذا قدر على سلبه قهراً فاشترى، فإنه يصير مختاراً. ولو أوجَرَ المالكُ المضطراً الطعامَ قهراً، ففى استحقاقه القيمة عليه، وجهان.

الثالث: إذا وجد ميتةً وطعامَ الغير، ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: أن الميتة أولى؛ ترجيحاً لحقِّ آدمى. والثانى: المال أولى، إذ تفويتُ العينِ ببدلٍ أسهل من تناولِ الميتة. والثالث: أنه يتخير؛ لتعارضِ الأمرين.

والصيدُ فى حقِّ المحرم كطعام الغير، ولو كان عنده لحمٌ صيدٍ، فهو أولى من الميتة، فإن المحذور حقُّ الصيد فى القتل، وتحريمُ اللحم على المحرم أهونٌ من تحريم الميتة العام تحريمها، والله أعلم.

* * *

(١) الإمام: أى الحاكم الذى يحكم بشرع الله، أمّا الذى يحكم بغير ما أنزل الله فليس بإمام وهو يحافظ على أرواح المرتدين، متكلف فى إزهاق أرواح المؤمنين، يأمر بالمنكر وينهى عن المعروف إلا معروف استساغُه، ويحرم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، فالمنكر ما رآه هو وطاقفته منكراً وإن كان معروفاً فى الشرع، والمعروف ما رآه هو وطاقفته الممتنعة معروفاً ولو أنكره الشرع. وما قاله الإمام الغزالي وغيره فى كتب الأحكام السلطانية فيه جواز إقامة الحدود لأحاد الرعية مع وجود الإمام - أى الحاكم للسلم - ولكن للحاكم تعزيز من أقام الحد لتعديه على ما وكل به من قبل الرعية.

كتاب السبق والرمي

وفيه بابان:

الباب الأول: في السبق

ويجوز أن يشترط المتسابقون في الخيل مالا للسابق يُستحقّ بالسبق. والرخصة فيه تحريض على تعلّم أسباب القتال؛ قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾^(١). ولا غناء في القوس والسهم إذا لم يسبقه تعلّم الرمي، ولا في الأفراس الجياد إذا لم يمارسها فارسٌ حاذق. وأبطل أبو حنيفة (رحمه الله) هذا العقد.

ويتهدّب البابُ بفصول ثلاثة:

الفصل الأول: فيما يجوز العقد عليه

وقد قال (عليه السلام): «لا سَبَقَ إلا في خُفٍّ، أو حافرٍ، أو نَصْلٍ»^(٢)، وأراد بالخفّ الإبل، وهو أيضًا عدة للقتال وإن لم يُلَغْ مَبْلَغُ الفرس حتى لا يستحقّ به سهم الفارس، والمعنى معقولٌ من ذِكْرِ هذه الأشياء الثلاثة؟ فيلحق به ما في معناه، لكن من الأصحاب مَنْ يتبع الاسم، ومنهم من يتبع ظهور المعنى، ومنهم من يتبع أصل المعنى وإن ضَعُفَ.

أما الخفّ، فالتحقّ به الفيل، لأنه أظهر غناء من الإبل في القتال. وفيه وجه: أنه لا يلحق به؛ لأنه نادرٌ، ونعلم أنه عليه السلام ما أرادَه. وهو بعيد.

وأما البغال والحُمير، فلا تلحق على الظاهر؛ إذ لا غناء لها في القتال. وفيه وجه: أنه تلحق؛ لأن ركوبها مقدّمة لتعلّم ركوب الفرس، ويكفي أصل المعنى؛ وهو بعيد.

(١) الآية - ٦٠ - الأنفال.

(٢) الحديث بهذا اللفظ أخرجه:

أسر داود (٢٥٧٤) والترمذی (٢٢) والنسائي (٢٢٧/٦) وابن ماجه (٢٨٧٨، ٤٤٤) والبيهقي (٦/١٠) والطبراني (٣٨٢/١٠) والهيتمي (موارد ١٦٣٨) والتقي في كنز العمال (١٠٨١٨) وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢٢٢٩/٦، ٧/٢٥٠١) وابن الجوزي في الموضوعات والسخاري في التاريخ الكبير (٢٧٧/٤) وابن أبي شيبة (٥٠٢/١٢) قال الشوكاني في بيل الأوطار (٧٨/٨) حديث أبي هريرة أخرجه أيضًا الشافعي والحاكم من طرق وصححه ابن قطان وابن حبان وابن دقيق العيد وحسنه الترمذی وأعله الدارقطني بالوقف، ورواه الطبراني وأبو الشيخ من حديث ابن عباس أ.هـ.

وأما النّصل، فيستوى فيه أصحاب القسي من النّاوك وغيره، وكذلك أنواع النّصل كالمسلة والإبرة فهو فى معنى السهم، والاسم أيضاً يشتمل.

وأما الزنات والمزاريق، فهي على رتبة بين الفيل والحمر، والطاهر لحاقها، لغنائها ولشمول اسم النّصل، ولكن هذا الخلاف جارٍ فى الرسمى بالحجارة والمقاليح؛ لغنائها وإن لم يشملها اسم النّصل.

واستعمال السيف [أيضاً] قريب من رتبة الزنات؛ فإن غناه أظهر من الكل، ولكن اسم النّصل بعيد عنه، ولكن هو الأصل فى القتال، وهو نفاًر من السكين، والرمح نفاًر من السيف، والرمي نفاًر من الرمح.

فأما المسابقة بالطيور والحمامات - وفائدتها نقل الأخبار - فالظاهر منعه؛ ليُبعد المعنى وضعفه. وفيه وجه: أنه يجوز.

الفصل الثانى: فى شروط العقد

وهى خمسة:

الأول: الإعلام فى المال ومقداره، وفى الموقف، والغاية بتعيينها والتساوى فيهما، فلو شرط تقدم أحدهما بمسافة، ويجرى الآخر وزعم أنه يسبقه: لم يجز بالاتفاق؛ لأن اختلاف الأفراس بالفراة لا تنضبط بمقاديرها، فليُضبط بالتساوى.

ثم إن كان أحد الفرسين بحيث يسبق قطعاً لو تساوفاً، فالعقد باطل، وكذلك لو شرطاً أن يتساوفاً [فى الركض] إلى حيث يسبق أحدهما، فيستحق المال، لم يجز؛ لأن الجواد قد يحتد فى آخر الميدان، فلا معنى لاقتحام جهالة بغير فائدة.

ولو عيّنا الغاية ولكن شرطاً استحقاق الشرط لمن يسبق فى وسط الميدان، ففيه وجهان. وكذلك لو عيّنا الغاية، ولكن شرطاً غاية أخرى يمتدون إليها إن لم يسبق فى الأولى، ففيه وجهان مرتبان، وأولى بالجواز.

الشرط الثانى: أنه إذا تسابق جماعة، فيتبغى أن يشترط السبق للسابق، فلو شرط للمصلى - وهو التالى للسابق - ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: المنع؛ لأن المقصود [إظهار] الجلادة بالسبق دون التخلف. والثانى: الجواز؛ لأن ضبط الفرس بعد احتداده على حد المراد يحتاج إلى جلادة. والثالث: أنه لا يشترط الكل إلا للسابق.

أما لو شرط للمصلى قدرًا دون ما للسابق - وهكذا على الترتيب [و] التفاضل لكل من هو أقرب إلى السابق، فهو جائز.

وأما الفُسْكَال - وهو الأخير - فلا يجوز أن يُخَصَّصَ بفضله قطعا، وهل يجوز أن يشترط له شيئا دون الآخرين؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن التخلف لا يعجز عنه أحد. والثاني: نعم؛ لأنه منهم، وقد اجتهد؛ فيجوز أن يشرك فيه.

الشروط الثالث: أن يكون فيما بينهم مُحَلَّل؛ ليميل بالعقد عن صورة القمار، والقمار أن يجتمع في حق كل واحد خطر الغرم والغنم، بأن يخرج كل واحد [منهما] مالا يحزره إن سبق ويأخذ مال صاحبه، وهذا حرام قطعا، وإنما المباح أن يخرج الإمام مالا للسابق أو يخرج رجل من عرض الناس؛ إذ يأخذ كل واحد لو سبق، ولا يغرّم لو تخلف. وكذلك لو أخرج أحد المتسابقين مالا - ورضى بأن يحزره إن سبق، ويبتذله إن تخلف - جاز. وكذلك إن تسابق ثلاثة وأخرج رجلان منهم المال، والثالث لم يخرج؛ فهو مُحَلَّل، فإن شرط المال للمحلل إن سبق، ولم يشترط لأحد المتسابقين شيء إذا سبق، بل الآخران فقط؛ فهذا جائز؛ لأن الذي يأخذ، ليس يغرّم شيئا، والذي يغرّم ليس يأخذ شيئا. وإن شرط أن يستحق المحلل كِلا المالين، وإن سبق أحد المتسابقين أحرز ماله، وأخذ مال صاحبه، ففي صحة هذه المعاملة قولان: أحدهما: المنع؛ لاجتماع الخطر في حق كل واحد [منهما]. والثاني: الجواز؛ لأن هذه عادة المسابقة، ولا يرضى باذُل المال بمجرد الإحراز إن سبق.

ودخول المحلل الواحد الذي لا يأخذ [مالاً] ولا يُعطى مالا: يخرج بالعقد عن صورة القمار، فيكفى - على هذا - مُحَلَّل واحد بين مائة.

وعبروا عن محل الخلاف بأن المحلل، يُحَلَّل لنفسه فقط؟ أو لنفسه ولغيره؟ فعلى هذا لو قال: لا سَبَقَ إلا للمحلل إذا سبق، فسبق أحدهما، والمحلل مُصَلِّ، والآخر فُسْكَال؛ فهل يستحق المحلل مال الفُسْكَال؟ وفيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه سبقه. والثاني: لا؛ لأنه مسبق بالأول، فلا يُسمى سابقاً مطلقاً.

والخلاف راجع إلى أن اسم السابق [هل] يحمل على السابق مطلقاً، أو على السابق بالإضافة؟. وكذا الخلاف لو كان المصلي أحد المتسابقين، وقد شرط السَبَقَ لسابق وجوزنا ذلك على أحد القولين - فإذا كان المستبق الثاني وراءه، فهل يستحق شيئا من ماله وهو مسبق وسابق؟ فيه وجهان.

فرع: إذا شرط السَبَقَ للسابق - وجوزنا ذلك - فسبق المحلل، وجاء متساوقين بعده: أخذ المحلل ماله. وإن تساوقا، وأتى المحلل بعدهما، فلا مال لأحد. وإن سبق المحلل، وتلاه المستبقان متلاحقين ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أن المحلل يأخذ ماله؛

لأنه سبقهما، وهو الصحيح. والثاني: أنه يأخذ مال المصلى، والمصلى يأخذ مال الفسكل؛ لأنه سبقه أيضًا. وهذا ضعيف؛ لأن المحلل أيضًا سبقه.

والثالث: أن المحلل يأخذ مال المصلى، ومال الفسكل بين المصلى والمحلل؛ لأنهما سبقاه، وهو أيضًا ضعيف.

وأما إذا جاء المحلل مع أحدهما متساوقين والآخر فسكل، فمال الفسكل لهما، إلا إذا قلنا: إن المحلل لا يحلل إلا لنفسه؛ فيفوز إذ ذاك بالمال.

أما إذا سبق أحدهما - والمحلل مُصَلٌّ، والآخر فسكل، ففي مال الفسكل أوجه أربعة تجتمع من الأصول المذكورين: أحدها: أنه للسابق، وهو على قولنا: إن السَّبَقَ للسابق المطلق، وإن المحلل يحلل لغيره. والثاني: أنه لا شيء لأحد [منهما] وهو على قولنا: المحلل لا يحلل لغيره، والمسبوق لا شيء له وإن سَبَقَ غيره. والثالث: أنه بين المحلل والسابق، وهو على قولنا: يحلل لغيره ولا يُشترط السَّبَقُ المطلق.

والرابع: أنه للمحلل، وهو على قولنا: إنه لا يحلل لغيره، والمسبوق يستحق إذا سبق غيره.

الشرط الرابع: أن يكون سبق كل واحد [منهما] ممكنًا، فإن كان فرس أحدهما ضعيفًا نعلم قطعًا أنه يتخلف، أو فرس الآخر فارها نعلم أنه يسبق: بطل العقد؛ لأن المتخلف إنما يركض مع نفسه إذا لم يطمع في السبق.

وإن كان السبق ممكنًا - ولكن على الدور - ففي صحته خلاف. وتجوز المسابقة بين الفرس العربى والتركى، فلا يضر اختلاف النوع. وأما المسابقة بين البغل والفرس، أو بين الإبل والفرس: ففيه خلاف، منهم من أَلْحَقَ اختلاف الجنس باختلاف النوع.

الشرط الخامس: تعيين الفرسين، ولا يجوز الإبدال بعد التعيين، وهل يجوز العقد على فرسين موصوفين من غير إحضار. ثم يحضر كما وَصَفَ؟ فيه وجهان.

ثم اعلم أن الاعتماد - في السبق - على الأقدام، وهو الذى يعتبر تساويهما فى ابتداء الموقف دون العنق؛ فإن ذلك يطول ويقصر. ونقل العراقيون عن الشافعى (رضى الله عنه) أن الاعتبار فى الإبل بالكُتْدِ والخَفِّ، وفى الفرس بالعنق؛ لأن الإبل تمتد أعناقها إذا عَدَّتْ، والحيل ترفع رعوها.

الفصل الثالث: فى حكم هذه المعاملة

وفى لزومها قولان: أحدهما: لا يلزم؛ تشبيها [لها] بالجمالة. والثانى: يلزم؛ تشبيها

له بالمساقاة والإجارة.

ثم منهم من قطع بأنه لا يلزم في حق المحلل ومن أخذ ولا يئذل؛ لأنه مغبوط بكل حال كالمرتتهن والمكاتب. ومنهم من طرد القولين؛ لأن علمه في الفروسية مقصود للبادل حتى يتعلم منه.

التفريع: إن قلنا: إنه جائز، لم يُشترط القبول على الصحيح. وهل يصح ضمان السبق والرهن به؟ فيه وجهان كما في الجعالة. وإن قلنا: يلزم، فلا يجب تسليم السبق في الحال، بخلاف الأجرة، بل ولا بأس يجب البداية بتسليم العمل، ولا يجوز الإبطال والتأخير، ويجوز ضمانه والرهن به، وقال القفال [رحمه الله]: يُثنى على ضمان ما جرى سبب وجوبه ولم يجب، كنفقة العدو. واليأس بما ذكره.

وأما فساد هذه المعاملة - بكون العوض خمرًا أو مالا مغصوبًا - هل يُوجب الرجوع بشئ؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ كما لو فسد القراض. والثاني: لا؛ لأن هذا لم يتحصل على شئ وأكثر فائدة العمل ها هنا للعامل، وهو الرياضة، وقد فات الاستحقاق بما علق به.

وإن قلنا: يستحق شيئًا، فإن أمكن الرجوع إلى قيمة الشروط - بأن يكون الفساد لجهالة الموقف والغاية وغيره - ففيه طريقان: منهم من قطع بالرجوع إلى أجر المثل كالقراض. ومنهم من قال: فيه قولان كما في بدل الخلع؛ إذ ليس هذا معاوضة محضة. فإن لم يكن له قيمة، فالرجوع إلى أجر عمله في جملة الركض، لا في قدر السبق قولاً واحداً.

الباب الثاني: في الرمي

وفيه فصول:

الفصل الأول: في الشروط

والنظر في ستة شروط:

الشرط الأول: في المحلل:

وتفصيله كما ذكرناه في السبق، فإن شرط الإمام أو غيره - لمن رادت إصابته: جاز، وكذا لو شرط واحد من المترامين على ما ذكرناه.

الشرط الثاني: اتحاد الجنس:

وفي العقد على السهام والمزاريق وجهان كما في مسابقة الخيل والبغال. وهذا أولى

بالجواز؛ لأنَّ أكثر الأثر فى الرمى للعمل، وأكثر الأثر للدابة فى السبق؛ فإنه حيوان مختار فى العدو.

وأما اختلاف النوع فغير مانع كقسي العرب والعجم، وكالناوك - وهو قوس الحسبان مع السهم. [ثم] إذا جرى التعيين، فلا يجوز الإبدال بالأجود، كبديل العربية بالفارسية، أما إبدال الفارسية بالعربية ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه يجوز إبداله بفارسية أخرى؛ إذ عين القوس لا يتعين، بل نوعه؛ فيأى يجوز بالعربية - وهو أردأ - أولى. والثانى: لا؛ لأنَّ ذلك لا ينضبط، فحسّم الباب أولى.

فرعان: الأول: لو أطلق العقد ولم يعين النوع، نُزِل على ما يَغلب فى العادة الترامى به. وإن اختلفت العادة، فوجهان: أحدهما: الفساد؛ لِتَوَقُّع النزاع. والثانى: أنه يصح أن يُطابَقا على شىء.

وإن طَلَب كل واحد نوعاً آخر - وقلنا: إن العقد جائز - فهو رجوع. وإن قلنا: إنه لازم؛ فقد تعذر إمضاء العقد، فيفسخ.

الثانى: تبديل القوس بمثله جائز بخلاف الفرس لأن الاعتماد ها هنا على العمل، ولا عمل إلا له وإن شرط أن لا يبدل، فهذا تضيق بغير فائدة، وفى صحة هذا الشرط وجهان. فإن قلنا: لا يصح فنى فساد العقد به - وبكل شرط فاسد يستقل العقد دونه لو ترك - وجهان.

وإن قلنا: إنه صحيح؛ فيجب الوفاء به ما لم ينكسر، فإن انكسر جاز الإبدال، وإن شرط أن لا يبدل وإن انكسر بل تنقطع المعاملة: فهذا لا يحتل ويفسد العقد.

الشرط الثالث:

أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة، لا ممتعة ولا واجبة. أما الممتعة فكإصابة مائة ريش على التوالى من هدف صغير وغاية بعيدة، أو أصل من مسافة بعيدة فى غاية البعد. ولو كانت ممكنة على ندور ففى صحة المعاملة وجهان. أما الواجب فكإصابة واحد من مائة مع قرب المسافة، يشترط ذلك على حاذق، فلا خطر فيه، وفى صحته وجهان: أحدهما: الجواز؛ للتعلم بمشاهدة رميه، كما لو قال مَنْ لا يرمى لرام: ارم مائة ولك كذا. والثانى: أنه لا بد من خطر لصحة هذه المعاملة.

فعلى هذا، لو كان بينهما محل غليم قطعاً أنه لا يفلح؛ فوجوده كعدمه. ولو غلم قطعاً أن المحلل يفوز خرّج على الوجهين، وكذلك إذا لم يكن محلل، وشرط كل واحد

مالاً، ولكنَّ عُلِمَ قطعاً أن أحدهما يفوز، فهو على صورة المحلل، ولا أثر لذكر المال.

فروع: لو تراضيا على أن يرمى كل واحدٍ واحداً فقط والسبق لمن اختص بالإصابة، فالأصح الصبح، وفيه وجه: أنه لا يجوز؛ إذ رُبَّ رمية من غير رامٍ، فقد يصيب الأحرق بالاتفاق مرة، فلا يظهر به جِدَق.

الشرط الرابع: الإعلام:

وكل ما يختلف به الغرض، يجب إعلامه، كمقدار المال، وعدد الإصابات منها. أما طول المسافة بين المرقف والهدف، ففيه قولان، وفي عرض الهدف قولان مرتبان، وفي قدر ارتفاع الهدف من الأرض قولان مرتبان [والصورة] الأخيرة أولى بأن لا يُشترط ذكرها، فأخذ القولين أنه لا يُشترط، بل يُنزل على العادة كالمعالين في استبحار الدابة فإنه يُنزل على العادة على الأصح. والثاني: لا بُدَّ من ذكره؛ لأن النزاع يكثر فيه، والعرض يختلف فيه.

وأما عدد الأرشاق، ففي ذكره ثلاثة أقوال. والرَّشَقُ عبارة عن نوبة من الرمي تجري من الرامين كعشرة عشرة، وعشرين عشرين. وفيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يُشترط، بل يكفي ذكر عدد الإصابات، فيشترط السبق بعشر إصابات، وربما يكون ذلك في خمسين، وربما في عشرين. والثاني: أنه يجب؛ وهو كالغاية في المسابقة حتى تنتهي المعاملة بها. والثالث: أنه يشترط في المحاطة؛ فإن توقُّع الخط لا منتهى له ولا يشترط في المبادرة.

والمحاطة أن يشترط حط إصابة أحدهما من الآخر حتى يخلص للواحد عشرة مثلاً، والمبادرة هو أن يستحق مَنْ يسبق إلى تمام العشرة، حتى لو أصاب كل واحد تسعة، ثم أصاب أحدهما، ولم يُصِبِ الآخر في العاشرة، استحقَّ مَنْ أصاب. وكذلك قد يتضابق الرماة في البداية؛ إذ يكون الهدف خالياً، والرامي على جَمَام قوته، فالإصابة أغلب، ففي لزوم ذكر ذلك قولان: أحدهما وهو القياس: أنه يجب. والثاني: أنه يبدأ بالمستبق، وهو واضح المال، فإنه عادة الرماة، وهذا ترك للفقهِ وقياس بالعادة، ولا يختلف القول في كل عادة تخالف القياس [إذ الشافعي لا يترك القياس لأجل عادة مخالفة له] بل أمر البداية أمر هين، فلذلك تردَّد فيه الشافعي (رضي الله عنه).

وفيه قول ثالث: أنه يصح، ويُقرع بينهم.

ثم إن شرطوا أن تكون البداية لمن خرج القرعة له في كل الرشقات، فذاك وإلا ففي

إعادة القرعة في كل رشقة أو عموم حكم الأول وجهان: وكذلك مطلق شرط البداية. وفي العقد هل يتناول كل رشقة؟، فيه خلاف.

وأما إذا كان المستبقي أكثر من واحد، فلا وَجْهَ إلا الإفساد أو قول القرعة.

فرع: في صحة العقد على البرتاب وجهان، ومقصوده الإبعاد دون الإصابة: أحدهما: المنع؛ إذ لا غرض فيما لا إصابة فيه. والثاني: أنه يصح - وهو الأصح - إذ قد يحتاج إلى إلقاء السهم في القلعة.

ثم إذا صحَّ، فلا بد من تساوى السهمين و القوسين في اللين والخفة، حتى إن الرماة يتضايقون فيه إلى حدّ يشترطون الرمي عن قوس واحدٍ بسهم واحدة.

الشرط الخامس: أن يرد العقد على رماة معينين. ولا يجوز إيراده على الذمة ثم تعيين الرماة. ويصح العقد بين الحزبين، ولكن التحزب يكون بالتراضي لا بالتحكم، ولا يجوز أن يكون بالقرعة؛ لأنها قد يجتمع الحذاق في جانب، إلا أن يقرعوا أولاً، ثم ينشئون العقد على ما ميزت القرعة، فإن ذلك رضا مستأنف، وهو جائز، إلا إذا علم قطعاً فوز أحد الحزبين، فذلك لا ينعقد على وجه؛ لانتفاء الخطر.

ولا خلاف في أنه لو ترامي غريبان صحَّ، وإن أمكن أن يكون أحدهما بحيث لو عُلِمَ حاله لتحقيق عجزه أو غفره، ولكن إن بَانَ تفاوت يرفع الاحتمال فيتبين بطلان العقد.

ثم لا يشترط التساوى في عدد الرماة في التحزب، بل في الإصابة، فقد يُرامى واحد اثنين، ولكن يرمى الواحد سَهْمَيْنِ، وكلُّ واحدٍ من الاثنين سَهْمًا واحدًا، ثم يفض السبق على عدد الرؤوس، وإن اختلفوا في عدد الإصابة، إلا أن يشترط التوزيع على عدد الإصابة.

ثم المحلل في التحزب يجوز أن يكون من الحزبين، ويجوز أن يكون خارجاً عنهما، يناضلهم أو لا يناضلهم. فلو شرط أحد الحزبين لواحدٍ منهم الغنم دون الغرم، فقد حلل هذا لنفسه، وهل يُحلل لغيره؟ فعلى الخلاف المذكور، وها هنا أولى بأن يصح؛ لأن المحلل هو الذي يستحق جميع السهم، وهذا لا يستحق إلا بعض السهم.

فرع: لو ترامي حزبان، واجتازَ بهما رجلان قبل العقد، فاختر كل واحد واحدًا، ثم عقداً: جاز. فإن خرج أحدهما أخرق، لم يكن له خيار الرد؛ فإنه المقصر، إذ عقد قبل البحث.

وإن بَانَ أنه غير رام أصلاً، سقط وسقط مقابله، وهذا ينقدح إذا لم يقدر على نزاع

القوس. أما إذا لم يكن تعلم أصلاً، ولكن يقدر على الرمي، فيحتمل خلافاً في جواز مناضلة مثله؛ إذ لا خطر فيه. فإن لم يجوز فيسقط، وإلا احتُمِل أن يجعل كالأخرق.

الشرط السادس: تعيين الموقف مع التساوى. فلو شُرِط لبعضهم التقدم. فهو باطل كما في المسابقة. وأما الواقف في الوسط، فلا شك أنه أقرب إلى المحاذاة، ولكن هذا القدر يُحتمل لضرورة الصفة. فإن تنازعوا فيه، فهو كالبداية بالرمى والتنافس فيه، وقد ذكرناه.

فروع: لو تراضوا بتقدم واحد فلا يجوز، وكأنهم رضوا بأن يفوز من غير رمى محسوب، أو حطوا العشرة في حقه إلى التسعة..

أما إذا تطابقوا برّد الجملة من العشرة إلى التسعة، أو بالتقدم بأجمعهم أو التأخر: فهذا تغيير لصفة العقد، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

أما إذا تأخر واحد بالرمى فوجهان: أحدهما: الجواز؛ لأنه مُضِرٌّ بنفسه. والثاني: لا؛ لأنه قد يستفيد به أمناً من مروق السهم. ومروق السهم قد يمنع الاحتساب على رأى سنييه وترداد الفارس بعد الميدان زيادة حدة في الدابة.

الفصل الثاني: فيما يُستَحَقُّ به السبق

والسُّبْق - بنصب الباء - عبارة عن المال المشروط للسابق، وإنما يُستحق بوجود الشرط، وفي الشرط صور:

الأولى: أن يشترط الإصابة، فلا يُحسب ما يصيب بعرض السهم أو بفوقه، ويُحسب ما يُصيب ويرتد ولا يخرق. وإن أصاب جداراً أو شجراً ثم مرق إلى الهدف، فعادة الرماة أن لا يُحسب، وللفقهاء فيه تردد. ولو أصاب الأرض، ثم ارتفع إلى الهدف، فأولى بأن يُحسب. وإن خرق طرف الهدف: فإن حصل فيه جميع جرم النصل حُسب، وإن حصل فيه بقض جرمه ففيه خلاف، وأولى بأن يُحسب.

الثانية: إذا شرط الخواسق - وهي الخوارق، أى التى تخرق الهدف - فإن خرق طرف الهدف فهو كما ذكرناه في الإصابة، وإن وقع في ثقبه فتدعى وثبت فوجهان؛ لأنه يخرق ولكن كان بحيث لو لم تكن الثقب، تخرق، والأصح: أنه يحسب. وإن خرق ولم يثبت ولكن مرق: حُسب؛ لأنه خرق وزاد. وذكر صاحب (التقريب) قولين في أن الثبوت هل يشترط في الخواسق؟ وهو بعيد.

الثالثة: إذا شرط عشر قرعات عن مائة رشق مبادرة - ومعنى القرعة الإصابة - فرمى

أحدهما خمسين، وقد تَمَّتْ له العشرة: استحق السبق، ولكن هل عليه إتمام العمل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لتمام الاستحقاق. والثاني: نعم؛ لأن العمل مقصودٌ للتعليم.

ومع هذا، فلا شك أن خارجياً لو شرط له على إصابته التي بها يستحق شيئاً آخر استحق ذلك أيضاً؛ لأن العمل الواحد يفي في التعلم بالغرضين. ولو شرط في المحاطة عشر قرعات خالصة، فحصلت من خمسين وقلنا: لا يشترط إتمام العمل في المبادرة، فهاهنا وجهان؛ لأنه يتوقع الخط في النقبة، والذي لا يوجب يقول: إنما المحاطة قبل إتمام العشرة خالصاً لواحد، وأما الخط من عشرة خالصة فلا وجه له. والقائل الآخر يجوز الخط من الخالص. أما إذا تمت عشرته في آخر الخمسين، والآخر - بعد - ما رمى إلا تسعة وأربعين فلا يستحق الأول؛ فإنه ربما يصيب صاحبه، فيحطه إلى تسعة، وكذلك في المبادرة، لو تَمَّ له عشرة بالخمسين، وتَمَّ للآخر تسعة في تسعة وأربعين، فلا يستحق السابق حتى يساويه الآخر في الرشق، فإن أصاب في آخر الخمسين فقد تساوى، وإن أخطأ استحق الأول.

الرابعة: لو قال لرام: ارم عشرة، فإن كانت إصابتك أكثر، فلك دينار، فإن أصاب ستة على التوالي استحق، وفي لزوم إتمام العمل الخلاف. أما إذا قال: ارم خمسا عنك وخمسا عني، فإن أصبت فيما عنك فلك كذا: فهذا فاسد؛ لأنه يناضل نفسه، فيقصر في حق صاحبه.

الخامسة: إذا تشارطوا أن القريب محسوب، وقد رُوِه بالذراع، جاز؛ وكأنه وسع الهدف، وإن أطلق - ولهم عادة مطردة - يُنَزَّل عليها، وإلا فسد؛ للجهالة، وقيل: إنه يُنَزَّل على احتساب الأقرب، فإذا كان سهم أحدهما أقرب: فاز، وإن كان بعضها أقرب، وبعضها أبعد، وجميعها أقرب من سهام صاحبه: سقط سهام صاحبه، وهل يُسقط أقربُه أبعدَه؟ فيه تردد، والصحيح: أنه لا يُسقط.

أما إذا تشارطوا صريحاً إسقاط القريب الأقرب أو إسقاط الإصابة للقريب، فهو متبع، وإن تشارطوا إخراج وسط القرطاس وما حواليه، ذكر العراقيون قولين في صحة ذلك من حيث إن وسط القرطاس يتعذر قصده، وقد يصيبه الأخرق وفقاً.

فرع: في النكبات الطارئة. فإذا مرق السهم منه فوق الهدف ووقع على بُعد مُفْرِطٍ لسوء رميه، فهو محسوب عليه، ولو كان لانكسار قوس أو سهم أو انقطاع وتر - ووقع على بُعد مُفْرِطٍ - فلا يُحسب عليه من رشقه، بل يرد إليه سهم ليُعِيدَ رميه. وإن وقع على قريب حَسِبَ عليه على أحد الوجهين؛ لأن النكبة لم يظهر أثرها في الإبعاد، وعلى

وجه آخر: لا يُحْسَبُ عليه، ولو أصاب مع ذلك يُحْسَبُ له على الوجه الأول، وإن فرعنا على الثاني فوجهان؛ لأنه يظهر حملة على وفاق؛ فلا يظهر به الخِذْق. ولو عرض بهيمة فأصابها ومرق إلى الهدف، فالأصح: أنه يُحْسَبُ ويدلُّ على استقامة رَميه وقوته. وفيه وجه: أنه يُحْمَلُ على وفاق، فلا يُحْسَبُ له ولا عليه. وإن كان العارض هو الريح: فإن اقترن بالابتداء لم يُعْذَر؛ إذ هو المقصّر، حيث ابتدأ مع الريح، وللحذاق نِيقَةٌ في الرمي عند الريح بإمالة النَّظَر، وكذا إذا انكسر القوسُ لسوء فعله فلا أُنْر، فليتعلم. وإن عصفت رِيحٌ عظيمةٌ في وسط الرمي، فهل يُعْذَرُ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُعْذَرُ؛ لأنَّ السَّهْمَ أَحَدٌ من الريح، فلا يؤثر فيه. والثاني: أنه يُعْذَرُ؛ لأنه قد تَوَثَّر.

وأما الريح اللينة فلا تؤثر. أما إذا انكسر السهم بنصفين وأصاب بالمقطع من النصف الذي فيه الفُوق: حُسِبَ. وإن أصاب بالنصل لم يُحْسَبْ؛ لأن قوة الرمي تبقى في ذلك النصف، لا في النصل. ومنهم مَنْ عكس وقال: النظر إلى النصل. فأما إذا أصاب بالفُوقِ أو العُرض، فلا يحسب.

الفصل الثالث: في جواز هذه المعاملة

وفيها قولان كما في المسابقة. فإن قلنا باللزوم، لم يجب تسليمُ السَّبَقِ إلى تمام العمل، وفيه وجه يجرى في المسابقة: أنه يجب كتسليم الأجرة؛ لأن الانهدام في الدار أيضًا متوقَّع إلا أن انهدام الدار بعيد، وأما الفوزُ فتقديره ليس بأغلب من نقيضه. ويفارق الإجارة أيضًا في أنه لو مات العاقدُ انفسخ؛ لأنَّ العقدَ مُتَعَلِّقٌ بعينه. ولو مات الفرسُ انفسخت المسابقة. ولو مات المسابق - والفرس قائم - انقذح أن يُقال: على الوارث إتمامه؛ لأن الأصل الفرس، وفيه بُعْدٌ أيضًا؛ لأنَّ للفارس فيه دُخْلًا ظاهرًا. وإن قلنا بالجواز تفرَّع أربعة أمور:

أحدها: جواز إلحاق الزيادة بالإرشاق والقرعات بالتراضي، فلو استبدَّ أحدهما دون صاحبه، فثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا غ. والثاني: أنه معتبر.

والثالث: أنه يعتبر من الغالب دون المنضول؛ لأنَّ المنضول إذا استشعر الضعف فلا يزال يُدافع بالزيادة. ثم نعى بالغالب الذي ظَهَرَ استيلاؤه وقارب الظفر، فلا يكفي التقدُّم بقرعة وقرعتين، فإنَّ ذلك سريع التغيُّر. وإذا قلنا: إنه يعتبر لم يلزم في حق صاحبه بل إن تناقلت عليه فليفسخ العقد كما لو زاد الجاعلُ عملاً على المَجْعُول، يجرى فيه هذا الخلاف. فإن اعتبر فللمَجْعُولِ فسُخَّ العقدُ وطلَّسبُ أجرة التمل، بخلاف ما لو

فسخ تشهياً بعد الشروع فى العمل بغير عُدْر، فإنه لا يستحق شيئاً.

الثانى: الفسخ. وذلك جائز لكل واحد عند التساوى، وجائز من الناضل، وهل ينفذ من المنضول؟ ينبى على أن زيادته هل تلتحق؟ فإن قلنا: لا تلتحق، فكأنه صار لازماً فى حق المنضول. ويجرى مثل هذا الخلاف إذا فسخ الجاعل - وقد فرغ المجعول عن بعض العمل، وكان ما يخص عمله من المسمى يزيد على أجر المثل - أنه هل ينفذ؟

الثالث: النقصان من الإرشاق والقرعات كالزيادة، وليس كالإبراء عن الثمن. أما الإبراء عن السبق فيخرج على الإبراء قبل الوجوب وبعد جريان السبب.

الرابع: الإبطاء، وذلك جائز على قول الجواز، بل له الإعراض، وعلى قول اللزوم يجب الجرى على العادة.

فرع: لو قال المنضول للناضل: حُطَّ فَضْلُكَ، ولك على كذا، لم يحز على القولين جميعاً؛ لأنه مقابلة بحط الفضل بمال، ولا أصل لمثل هذه المعاوضة، سواء كان العقد جائزاً أو لازماً، والله تعالى أعلم.

* * *

كتاب الإيمان

والنظر في اليمين، والكفارة، والحنث. فنعقد في كل واحد باباً.

الباب الأول: في اليمين

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في الصريح والكناية

واليمين عبارة عن تحقيق ما يحتمل المخالفة بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته، ماضياً كان أو مستقبلاً، لا في معرض اللغو والمناشدة^(١).

وأشرنا (بالماضى) إلى يمين الغموس^(٢)، فإنها تؤجب الكفارة عندنا، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله.

وأشرنا باللغو إلى قول العرب: لا والله، وبلى والله، فى معرض المحاورة من غير قصد إلى التحقيق، فذلك لا يوجب الكفارة، وهو لغوٌ إلا فى الطلاق والعتاق؛ فإن العادة ما جرت باللغو فيه، وإنما يخرج عن كونه لغوً بالقرينة الدالة على قصد التحقيق. وأما المناشدة، فهو أن يقول: أقسم بالله عليك لتفعلن، فإنه لا ينعقد، لا عليه ولا على المخاطب إلا أن العقد على نفسه، فيصير حالفاً، فيحنث بمخالفة المخاطب.

وأما قولنا: (بالله أو بصفاته) احتزنا به عن قوله: وحق الكعبة، والنبى، وقبره، وشعره وجبريل والملائكة، فاليمين به - وبكل مخلوق - لا يوجب الكفارة؛ قال النبى ﷺ: «مَنْ حَلَفَ فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ وَإِلَّا فَلْيَصْمُتْ»^(٣).

وكذلك لو قال: إن فعلت كذا فأنا يهودى، أو نصرانى، أو برىء من الله: لم تلزمه الكفارة، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله.

وإنما يُستثنى عن هذا الأصل يمين اللجاج والغضب على قول.

ثم اليمين ينقسم إلى قسمين صريح وكناية، بالإضافة إلى أسماء الله تعالى، وهى على

(١) هذا المعنى فى الإيمان الموجبة للكفارة.

(٢) سميت غموساً: الكاذبة تغمس صاحبها فى الإثم. وفى الحديث: اليمين الغموس تذر الديار بلاقع. انظر: المعجم الوسيط (٦٦٢/٢).

(٣) أخرجه عن عبد الله بن عمر مرفوعاً: «مَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ»، أخرجه البخارى (٦٦٤٦) ومسلم (١٦٤٦) وأبو داود (٣٢٤٩) والترمذى (١٥٣٤) وابن ماجه (٢٠٩٣).

أربع مراتب:

المرتبة الأولى: أن يذكر اسمًا لا يُطلق إلا على الله تعالى في معرض التعظيم، كقوله: بالله، وبالرحمن والرحيم، وبالخالق، والرازق، فهذا صريح وإن لم ينو. فإن قال: أردت (بالله) - أى وثقت بالله - ثم ابتدأت (لأفعلن). فهذا لا يُقبل ظاهرًا فى الإيلاء، وغيره، وهل يُدين باطنًا؟، فيه وجهان.

المرتبة الثانية: أنه يذكر اسمًا مشتركًا يُطلق على الله وعلى غيره، كالعليم والحكيم والرحيم، والجبار، والحق، وأمثاله فهو كناية وإنما يصير بالقصد والنية، وكذلك قوله: وحق الله؛ إذ قد يُراد به حقوقه من العبادات، وقد يُراد استحقاقه للإلهية.

المرتبة الثالثة: أن يحلف بالصفات، كقوله: بقدرة الله، وعلمه، وكلامه، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه كقوله بالله، فلا يُقبل فيه التورية. والثاني: أنه كناية. والثالث: أنه يُدين باطنًا. وفى قبوله ظاهرًا وجهان؛ إذ قد يُراد بالقدرة المقدور، وبالعلم المعلوم، فيقول: رأيت قدرة الله، أى: آثار صنعه.

ولو قال: وجلال الله، وعظمته، وكبريائه، ففيه طريقان: أحدهما: أنه كالحلف بالله. والثاني: أنه كالحلف بالقدرة، إذ قد يقول: رأيت جلال الله، ويريد آثار صنعه. وقوله: وحرمة الله، قيل: إنه كقوله: وحق الله، وقيل: إنه كالصفات. وقوله: لعمرك الله، قيل: إنه حلف ببقاء الله، فهو كالصفات، وقيل: إنه كناية.

المرتبة الرابعة: مالا يصير يمينًا وإن نوى، وهو ما لا تعظيم فيه، كقوله: والشئ الموجود والمرئى، وأراد به الله تعالى فليس يمين وإن نوى، إذ لم يذكر اسمًا معظمًا وذكر اسمًا معظمًا لا بد منه. ولو قال: بله - وقصد التليس - فليس بحالف، وكذلك إن لم يقصد؛ فإن البلة من الرطوبة إلا إذا نوى اليمين، فيحمل، حذف الألف على لحن قد تجرى به العادة عند الوقف.

هذا فى انقسام اليمين بذكر اسم الله تعالى. وينقسم أيضًا بذكر الصلوات، وهى على درجات، فإنها تنقسم إلى حروف وكلمات:

أما الكلمات، فقوله: أقسمت بالله، أو أقسم بالله، أو حلفت بالله، أو أحلف، فهذا يحتمل الإخبار والوعد، فإن نوى اليمين فهو يمين، وإن قصد الوعد والإخبار فلا، وإن أطلق فوجهان: أحدهما: أنه ليس يمين؛ والثاني: أنه يمين؛ للعادة.

الدرجة الثانية: ما هو كناية قطعًا، كقوله: وعهد الله، وعلى عهد الله، أو نذرت

باللّٰه. أما قوله: أَرْحَدَايَ تَعَالَى بِدِرْعَتِهِ^(١)، قيل: إنه كناية، وقيل: هو كقوله: حلفتُ باللّٰه.

الدرجة الثالثة- وهو بين المرتبتين- كقوله: أشهد باللّٰه، منهم من قال: إنه كناية قطعاً. وقال الراوذة: وهو كقوله: أقسم باللّٰه. وقال صاحب (التقريب): لو قال الملاعنُ في لعانه: أشهد باللّٰه- كاذباً- ففي لزوم الكفارة وجهان، وهذا جار وإن قصد اليمين؛ لأن اللعان صرف اليمين إلى اقتضاء الفراق، فيحتمل خلافاً في الكفارة فيه كما في الإيلاء.

الدرجة الرابعة: أن يقول: وأيم اللّٰه، والظاهر أنه كقوله: أحلف باللّٰه، وقيل: إنه كقوله: باللّٰه؛ فإنه صريح فيما بين العرب، أيْمُنُ باللّٰه، والأيمُن جمع اليمين. أما الحروف، فهي الباء، والتاء، والواو، والفاء.

وقوله: واللّٰه، وتاللّٰه كقوله: باللّٰه. ونُقِلَ نصٌّ عن الشافعي، رضى الله عنه، أنَّ (تاللّٰه) ليس بيمين، فقيل: هو كقوله: أقسم باللّٰه. والصحيح أنه يمين قطعاً، والشافعي، رضى الله عنه، أراد ما إذا قال القاضى في القسمات: قُلْ: (باللّٰه) فقال (تاللّٰه) لم يكن يمينا؛ للمخالفة.

أما قوله: (يا اللّٰه) فليس بيمين، ولو قال: اللّٰه لأفعلن، لم يكن يمينا إلا أن ينوى. ولو قال: اللّٰه لأفعلن- بالخفض- كان يمينا ولو لم ينو.

الفصل الثاني: في يمين الغضب واللجاج

فإذا قال: إن دخلتُ الدار فله علىّ صوم، أو حجٌّ، أو صدقة، أو ذَكَرَ عبادةً تلتزم بالندَر، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزمه الوفاء كما لو قال: إن شفى اللّٰه مريضى فله علىّ صوم، أو علّقه بدفع بَلَّةٍ أو حصولِ نعمة. والثاني: أنه يلزمه كفارة يمين؛ لأن هذا يُقصد للمنع، بخلاف نذر التبرر فإنه يُذكر للتقرب. والثالث: أن يتخير بين الوفاء والكفارة، لتردد اللفظ بين المعنيين.

التفريع: إن قلنا: يلزمه الكفارة، فإنما يكون فيما ليس بنعمة، كقوله: إن دخلت نيسابور، أو شريت، أو زنيت. ولو قال: إن دخلت مكة، أو لم أشرب أو صليت، فهذا محتمل للوجهين، فيرجع إلى قصده. أما إذا علّقه بمباح- لا على قصد المنع بل لحرصه

(١) قول بالفارسية ترجمه المصنف بعدها.

على ذلك الشيء، كقوله: **إِنْ لَمْ أَكُلْ، أَى: انكسرت شهوتي بتوفيق الله، أو دخلت نيسابور، أَى إِنْ بَقِيتْ إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ: فهذا فيه تردد، فمنهم من منع التبرر في المباحات.**

فروع: الأولى: إذا قال: **إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَى نَذْرٍ**. نصّ الشافعي، رضي الله عنه، أن عليه كفارة يمين، وهو تفريع على قول الكفارة. وإن فرعنا على الوفاء فينبغي أن تحب هاهنا عبادة ما، وإليه التعيين وله تعيين كل ما يتصور التزامه بالنذر. وإن قال: **إِنْ فَعَلْتُ فَعَلَى يَمِينٍ،** فهو لغو؛ إذ لم يأت بما يُشعر بعبادة ولا بصيغة الخلف، وقيل: عليه ما على الخالف.

الثاني: لو قال: **مَالِي صَدَقَةٌ،** أو **فِي سَبِيلِ اللَّهِ،** قال القاضي: هو لغو؛ لأنه لم يأت بصيغة الالتزام، وفيه وجهان آخران: أحدهما: أن ذلك كقوله: **عَلَى صَدَقَةٍ.** والثاني: أنه يتعين ماله للصدقة، كقوله: جعلت هذه الشاة ضحية وهو بعيد.

وعلى الوجوه الثلاثة يُخرج ما لو قال: **إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَمَالِي صَدَقَةٌ.** هذا يبان اليمين الموجبة، وكل ذلك إذا لم يعقبه الاستثناء، فلو قال بعد اليمين: **إِنْ شَاءَ اللَّهُ،** لم يلزمه شيء كما ذكرنا في الطلاق.

الباب الثاني: في الكفارة

والنظر في السبب، والكيفية، والملتزم:

النظر الأول: في سبب الوجوب: وهو اليمين عندنا دون الحنث، لكن اليمين يُوجب عند الحنث ^(١) كما يُوجب ملك النصاب عند آخر الحول؛ لأن الحنث لا يحرم باليمين، بل يبقى تحرّمه وإباحته كما كان. نعم؛ في الأولى ثلاثة أوجه إذا عقد على مباح: أحدها: أن الأولى البر؛ لتعظيم اليمين. وقال العراقيون: الأولى الحنث؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ ^(٢) الآية. والثالث: أنه يبقى كما كان.

وأما أبو حنيفة، رحمه الله، فإنه قضى بتحريم الحنث عليه، وبني عليه أن يمين الغموس لا ينقذ، إذ الماضي لا يمكن تحرّمه. وقضى بأنه لو قال: **حَرَمْتُ هَذَا الطَّعَامَ،** لزمته الكفارة، وعندنا لا يلزم إلا في تحريم البضع، وفيه وردت الآية، وقضى ب لزوم اليمين في قوله: **إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَأَنَا يَهُودِيٌّ؛** لأنه يؤدي معنى التحريم. وقال: لا ينقذ

(١) الحنث: حنث: في يمينه - حنثاً: لم ير فيها وأثم. وفي التنزيل العزيز: وعذ بيديك صغناً فاضرب به ولا تحنث، انظر: المعجم الوسيط (٢٠١/١).

(٢) الآية [التحریم: ١].

يَمِينُ الْكَافِرِ إِذْ لَيْسَ مَأْخُودًا بِتَحْرِيمِ شَرْعِنَا. وَقَالَ: لَا تَقْدَمُ الْكُفَّارَةُ عَلَى الْخِنْتِ وَإِنْ قَدَّمَ الزَّكَاةَ عَلَى الْحَوْلِ. وَمَالِكَ، رَحِمَهُ اللَّهُ، يُحَوِّزُ تَعَجُّيلَ الْكُفَّارَةِ دُونَ تَعَجُّيلِ الزَّكَاةِ. وَعِنْدُنَا يَجُوزُ تَعَجُّيلُهُمَا إِلَّا إِذَا حَلَفَ عَلَى مُحْظُورٍ، فَقَبِيَ جَوَازُ تَقْدِيمِ الْكُفَّارَةِ وَجِهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهُ تَمْهِيدٌ لِلتَّوَصُّلِ إِلَى الْحَرَامِ. وَالثَّانِي - وَهُوَ الْأَقْيَسُ - أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَبَيِّنُ مَأْخَذَ الْيَمِينِ.

هَذَا فِي الْكُفَّارَةِ الْمَالِيَةِ تَشْبِيهًا بِالزَّكَاةِ. أَمَّا بِالصَّوْمِ، فَالْمَنْهَبُ أَنْ لَا يُقَدَّمَ، لَا سِوَمَا فِي الْيَمِينِ، وَهُوَ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَجْزِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ إِلَّا بَعْدَ الْوَجُوبِ. وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيَكْفُرْ» عَنْ يَمِينِهِ وَلَيَاتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، ^(١).

(١) قُلْتُ: مَنْشَأُ الْخِلَافِ فِي جَوَازِ تَقْدِيمِ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْخِنْتِ أَوْ لَا تَقْدَمُ هُوَ اخْتِلَافُ لَفْظِ الرَّوَايَةِ مِنْ رَاوٍ إِلَى آخَرَ مِنْ نَقْلُوا عَنْهُ ﷺ فَمِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ مِنْ رَوَايَةِ أَبِي حَازِمٍ عَنْهُ مَرْفُوعًا بِلَفْظِ مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِهَا وَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ، أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٦٥/١١) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٣٢/١٠) - وَهَذَا التَّعْبِيرُ يَحْرِفُ الرَّاوِي.

وَمِنْ رَوَايَةِ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ الْمَطْلَبِ عَنْ سَهِيلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مَرْفُوعًا بِلَفْظِ: مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ، أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٦٥٠، ١٣) وَبَنَفْسِ اللَّفْظِ مِنْ حَدِيثِ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ: أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَأَبُو دَاوُدَ الطَّيَالِسِيُّ (١٢١٨) وَأَحْمَدُ (٢٥٦/٤، ٢٥٧، ٢٥٨) وَالدَّارِمِيُّ (١٨٦/٢) وَمُسْلِمٌ أَيْضًا (٣/١٢٧٧، ١٢٧٣) حَدِيثُ (١٦٥١، ١٨/١٦) وَالنَّسَائِيُّ (٣٧٨٦) وَابْنُ مَاجَةَ (٦٨١/١) وَالحَاكِمُ (٣٠١، ٣٠٠/٤) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٣٢/١٠).

وَمِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ بِلَفْظِ: إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَاتَّيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَكُفِّرْتُ عَنْ يَمِينِكَ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فَكُفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ، وَاتَّيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَأَنْتَ تَعْلَمُ مَا مَدَى دَلَالَةِ الْأَلْفَافِ وَالْحُرُوفِ عَلَى مَعَانِيهَا وَمَا مَدَى تَأْثِيرِ وَجُودِهَا وَعَدَمِهَا أَوْ تَأْخِيرِهَا وَتَقْدِيمِهَا عَلَى الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، وَقَدْ قَدَّمْنَا الْكَلَامَ عَنْ ذَلِكَ فِي الْخُلُودِ، فَرَأَيْتُ أَهْلَ الْحَدِيثِ أَخْرَجَهُ: أَحْمَدُ (٦٣، ٦٢/٥) وَالدَّارِمِيُّ (١٨٦/٢) وَابْنُ خَالَوَيْهِ (٦٦٢٢) وَمُسْلِمٌ (١٦٥٢/٩) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٣٢٧٧) وَالنَّسَائِيُّ (١٢/٧) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٣١/١٠).

وَمِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَذِينَةَ عَنْ أَبِيهِ أَخْرَجَهُ الطَّيَالِسِيُّ (٢٤٧/١) كِتَابُ الْإِيمَانِ وَالنَّذْرِ: «مَنْ بَابٍ مِنْ حَلَفٍ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَى خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ» (١٢٢٠).

وَمِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ (٢٠٤/٢) بِلَفْظِ فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ، رَوَاهُ الطَّيَالِسِيُّ (١٢٢١) وَأَحْمَدُ (٢١٢/٢) وَأَبُو دَاوُدَ (٥٨٢/٣) وَابْنُ مَاجَةَ (٦٨٢١/١) بِلَفْظِ فَلْيَدْعُهَا وَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، فَإِنْ تَرَكَهَا كَفَّارَتُهَا، قَالَ أَبُو دَاوُدَ: الْأَحَادِيثُ كُلُّهَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ، إِلَّا فِيمَا لَا يَجِبُ بِهِ يَمِينٌ فَيَمْنُ تَرَكَ ذِكْرَ الْكُفَّارَةِ، وَقَالَ -

ثم يجرى التقديم في كل كفارة بعد جريان سبب الوجوب، وكفارة القتل تجرى بعد الجرح وقبل الزهوق. وكفارة الظهار بعد الظهار وقبل العود إن أمكن.

وكفارات الحج بعد الإحرام وقبل ارتكاب الأسباب. وفيه وجه: أنه لا يجوز قبل ارتكاب المحظور؛ لأن الإحرام ليس سبباً، بل الارتكاب للمحظور هو السبب.

النظر الثاني: في الكيفية. وهذه الكفارة فيها تخيير وترتيب، فيتخير بين عتق رقبة، وكسوة عشرة مساكين، وإطعام عشرة مساكين^(١)، لكل واحد مِثْداً، فإن عجز عن جميع ذلك، فصوم ثلاثة أيام متفرقاً أو متتابعاً^(٢). وفيه قول قديم: أنه يجب التتابع، حملاً للمطلق على المقيّد في الظهار.

وكيفية الكفارة ذكرناها في الظهار، وإنما نذكر الآن الكسوة. والنظر في قدرها، وجنسها، وصفتها.

أما القدر: فلا يشترط دست ثوب، بل يكفي ثوب واحد: كجبة، أو قميص، أو رداء، أو سراويل، أو عمامة قصيرة. ثم لا يشترط المخيط، بل يكفي الكرباس^(٣). ولو

=تركها كفارتها.

قلت: ومن متون هذه الروايات وجد بعضها يقدم الكفارة كما ورد من حديث أبي هريرة عند مالك (٤٧٨/٢) وأحمد (٣٢١/٢) ومسلم (الإيمان ب٣ ح ١٢) وهي بلفظ من حلف على يمين، فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه، وليفعل. والبعض الآخر يقدم الفعل على الكفارة كما سبق في الأحاديث السابقة. هذا هو منشأ الخلاف فلاحظ وتدبر وتامل. والله أعلم.

(١) وهذا التخيير هو ما عليه الجمهور لقوله تعالى: ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللِّفْو فِي إِيمَانِكُمْ وَلَكِنْ يَأْخُذْكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْإِيمَانَ﴾ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتم﴾ [البقرة: ٢٢٥].

وحرف أر هنا للتخيير كما هو في أصل الوضع في اللغة وقد بينا من قبل معاني كثير من الحروف.

(٢) وهذا أيضاً مأخوذ من الآية السابقة. أما التفريق والتتابع الذي خير فيه المصنف، فهو خلاف سبب العلماء، ومذهب المصنف هو مذهب مالك والشافعي، ومنشأ الخلاف في أمرين الأول: هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف؟ وذلك أن قراءة عبد الله بن مسعود: (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) هذه قراءة آحاد غير متواترة.

الثاني: هل يحمل الأمر على الصوم على التتابع، أم لا يحمل، إذا كان الأصل في الصيام الواجب بالشرع إنما هو التتابع، اهـ قاله ابن رشد في بداية المجتهد كتاب الإيمان.

(٣) يقصد «بدست ثوب» أي اللباس الكامل المحزأ من قطع، وهي بلغة المصريين - طقم كامل - أما الكرباس: ثوب غليظ من القطن. انظر المعجم الوسيط (١، ٢٨٢، ٧٨١/٢) يتصرف.

سلم إلى طفل يواريه خرقة كفاه إذا قبضها وأثبته. ولو سلم إلى كبير ما يستر طفلاً، فالظاهر جوازُه، ولا يُنظر إلى الآخذ، هكذا قاله القاضى. وقال غيره: لا بُدَّ أن ينظر إلى الآخذ. وقال مالك، رحمه الله: «الواجب ما يستر العورة بحيث تصح الصلاة معه»، وهو قول حكاه البويطى.

أما الجنس، فيجزئ القطن والإبريسم والكتان والصوف. وفى الدرع^(١) وجهان؛ لأنه أيضاً ملبوس يحب الفدية على المحرم به، وكذلك فى الخف والشمشك والقَلنسوة وجهان. أما النعل، فلا يُجزئ كالمنطقة على وجهه، وعلى وجهه هو كالشمشك. ولم يُعتبر فى الثوب غالبُ جنس ملبوس أهل البلد، قال القاضى: ولو اعتبر ذلك لم يُعَد. أما الصفة، فيؤخذ الجديد، والخلق، والمعيب إلا إذا صار بكثرة الاستعمال مُنْسَجِحاً بحيث يتمزق على القرب أو تمزق بالاستعمال ورُقْع.

النظر الثالث: فبمن عليه الكفارة. وتحب الكفارة على كل مكلف حنث، حرّاً كان أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، بقى حياً أو مات قبل الأداء.

والنظر فى الميت والعبد:

أما الميت، فله أحوال:

الأولى: أن يكون له تركة، وعليه كفارة مرتبة، فعلى الوارث الاعتاقُ عنه، ولا بأس بحصول الولاء له بغير إذنه، وثبت هذه الخلافة للضرورة. وإن كان عليه كفارة يمين، فله أن يكسو ويُطعم عنه، ولا ضرورة فى تحصيل الولاء له، ففى إعتاقه عنه - والكفارة مخيرة - وجهان، والأصح الجواز.

الثانية: أن لا يكون له تركة، فللوارث أن يكسو ويُطعم عنه مُتَبَرِّعاً، وفى التبرع بالإعتاق عنه وجهان مرتبان على الكفارة المتخيرة، وأولى بالمتع؛ إذ التركة علقه مسلطة. وتبرعُ الأجنبيُّ بالعتق عنه لا يجوز. وفى إطعامه وكسوته وجهان.

وفى عتق الأجنبيُّ عنه وجه بعيد: أنه ينفذ كالكسوة. وفى إطعام الوارث وجه بعيد: أنه لا يجوز كالإعتاق، وهما بعيدان.

أما الصوم، ففى صوم الولي عنه خلاف. والأجنبيُّ المأذون له فى الصوم كالوليُّ الذى ليس بمأذون فى الصوم. وفى صوم الأجنبيُّ من غير إذن خلاف مرتب على الإطعام، وأولى بالمتع. وإن قلنا: تجرى فيه النيابة، فلو مرض بحيث لا يُرجى بُرؤه، ففى

(١) الدرْعُ: قميص المرأة، وثوب صغير تلبسه الجارية فى البيت. المعجم الوسيط (١/٢٨٠).

الصوم عنه - وهو حي - وجهان كشبهة بالحج، حيث تطرقت إليه النيابة، ولكنه بالجملة أبعد عن النيابة.

الثالثة: إذا مات وله تركة، وعليه ديون، ففي تقديم حق الله أو آدمي، ثلاثة أقوال ذكرناها في الزكاة. فإن قلنا: تقدم الديون، فكأنه لا تركة له. ولو حُجِرَ عليه بالإفلاس قدم الديون قطعاً؛ لأن الكفارة على التراخي.

فرع: لو أوصى أن يُعتق عن كفارة يمينه عبد و قيمته تزيد على الطعام والكسوة، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يحسب من الثلث؛ لأن تعيين العتق تبرع. والثاني: لا، بل هو أحد الخصال الواجبة، وقد عين بتعيينه. فإن قلنا: إنه يحسب من الثلث، فوجهان: أحدهما: أن قدر قيمة الطعام يُحسب من رأس المال، والزائد إن لم يفر الثلث به، عدلنا إلى الطعام. والثاني - وهو ظاهر النص - أن الثلث إن لم يفر بأصل قيمة العبد عدلنا إلى الطعام.

أما العبد، فإذا حلف، فليس عليه إلا الصوم؛ لأن الصحيح أنه لا يملك بالتملك. وللسيد منع الجارية عنه للاستمتاع؛ لأنه على التراخي، وله منع العبد الذي يضعف عن الخدمة عن الصوم، وإن كان قوياً فلا. وإن كان الحنث - أو اليمين أو كلاهما - بإذن السيد - ففيه نظر ما ذكرناه في الظهار. ومنعه عن صوم كفارة الظهار غير ممكن؛ لأن فيه إدامة التحريم وإضراراً بالعبد.

أما إذا مات العبد، فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام والكسوة وإن قلنا: إن العبد لا يملك له؛ لأنه إذا مات فلا رقبته عليه، والحر الميث أيضاً لا يملك له. وإن أعتق عنه فوجهان؛ لغسر الولاء في حق الرقيق.

أما إعتاق العبد ممّا ملكه على قولنا: إنه يملك بالتملك، ففيه تفصيل ذكرناه في (البسيط) فلا نطوّل به؛ لأنه تفريع على قول ضعيف.

فرع: من نصفه حرّاً، ونصفه عبد: نصّ الشافعي، رضي الله عنه، أنه يكفر بالمال إن كان له مال؛ وقال الزني، رحمه الله: لا يجوز إلا الصوم؛ لأن المال يقع عن جملة، إذ التجزئة لا تمكن في المؤدّي، كما لا يمكن إعتاق نصف رقبته وإطعام خمسة مساكين. ومن الأصحاب من جعل هذا قولاً مخرجاً.

الباب الثالث: فيما يقع به الحنث

وذلك بمخالفة موجب اليمين لفظاً وعرفاً، وهو باب جامع الإيمان، والألفاظ لا تنحصر، ولكن تعرض الشافعي، رضي الله عنه، لما يكثر وقوعه، وهي سبعة أنواع:

النوع الأول: في ألفاظ المدخول وما يتعلق به

وفيه ألفاظ:

الأول: إذا حلف أن لا يدخل الدار، فَرَقِيَ في السطح، لم يحنث إلا أن يكون مسقفًا، وإن كان عوًطًا من الجوانب غير مسقف، فالظاهر أنه لا يحنث. والحائط من جانب واحد لا يؤثر، وإن كان من جانبيين وثلاثة ففيه خلاف مرتب على التحويط من الجوانب، وأولى بأن لا يحنث. ولو حلف أن لا يدخل الدار، فصعد السطح، ونزل إلى صحن الدار وخرج من الباب، فوجهان من حيث إنه حصل في الدار، لكنه لم يدخل من الباب. ولو حلف أن لا يخرج من الدار فصعد السطح ونزل فلا يحنث. قال القاضي: وجب أن يحنث؛ لأنه كالدخول سواء فإن من حلف لا يدخل الدار، فدخل ببعضه: لم يدخل.

ولو حلف على الخروج، فصعد السطح: لا يَبْرُ به؛ إذ ليس به أيضًا خارجًا؛ كما أن من دخل ببعض بدنه، أو خرج ببعض بدنه، لا يحنث في يمين الدخول والخروج؛ لأنه ليس بدخل ولا بخارج. وقال القاضي: إذا لم يكن داخلًا في صعود السطح، فينبغي أن نجعله خارجًا.

وأما الدهليز، فقد نصَّ الشافعي، رضي الله عنه، أن داخل الدهليز لا يحنث، فقال الأصحاب: أراد به الطاق المضروب خارج الباب، فإن جاوز الباب حنث، قال إمام الحرمين: لا يَتَعَدَّ أن يقال: أراد به داخل الباب قبل الوصول إلى صحن الدار؛ لأن ذلك لا يُسَمَّى دارًا، بل له اسم على الخصوص. ولو انهدمت الدار ولم يَبْقَ إلا العرصة لم يحنث بدخلها. ولو بَقِيَ ما يقال: إنه دار، فيحنث.

ولو قال: لا أدخل الدار، فصعد السطح، ونزل في الدار وخرج، ففي الحنث وجهان من حيث إنه حصل في الدار، لكن لم يدخل من الباب. ولو قال وهو في الدار: لا أدخل الدار، لم يحنث بالمقام كما لو قال: لا أظهر، لا يحنث باستدامة الطهارة، بخلاف ما لو قال: لا ألبس ولا أركب، فإنه يحنث بالاستدامة، إذ يقول الراكب: أركب فرسخًا، أي أستديم، ولا يقول مَنْ في الدار: أدخل، بل يقول: أقيم فيه وفيه وجه بعيد: أنه لا بد من مفارقة الدار، كما لا يُدَّ مِنْ نزع الثوب.

اللفظ الثاني: إذا حلف أن لا يدخل بيتًا له اسم آخر أخصُّ وأشهرُ - كالمسجد، والكعبة، والرحا، والحمام - فالظاهر أنه لا يحنث به، وفيه وجه: أنه يحنث به؛ لأن البيت - وإن جُعِلَ مسجدًا - لا يُفَارَقُهُ وَضْعُ الاسم. ويقرب منه الخلافُ فيما لو حلف

أنه لا يأكل الميتة، فأكل السمك. أو لا يأكل اللحم، فأكل الميتة: فمن ناظر إلى وضع الاسم، ومن ناظر إلى وضع الاستعمال.

ولو دخل بيت الشعر، حنث إن كان بدويًا؛ لأنه بيت عندهم، وإن كان قرويًا فثلاثة أوجه: أحدها: أنه يحنث؛ ولأن الله تعالى سمّاه بيتًا، وقال: ﴿وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتًا﴾، والثاني: لا؛ لأنه ليس يفهم منه البيت، فبرأى فهمه، ولا وضع اللسان. والثالث: أن قريته إن كانت قريبة من البادية يطرقونها فيحنث، وإلا فلا.

ويرجع الخلاف إلى أن المعتبر، عُرف اللفظ في الوضع عند مَنْ وَضَعَهُ، أو عُرف اللفظ في الاستعمال؟ ونص الشافعي، رضي الله عنه، يميل إلى عُرف اللفظ، فإنه قال: يحنث، قرويًا كان أو بدويًا. ومع هذا، نص أنه لو حلف لا يأكل الرعوس، لا يحنث برأس الطير و السمك. ولو قال: لا أكل اللحم، لم يحنث بلحم السمك. وذكر صاحب (التقريب) قولاً: أنه يحنث برأس الطير و السمك؛ اتباعاً للفظ كما في لفظ البيت، لكن الفرق ممكن من حيث إن الرأس، إذا ذكر مقرونًا بالأكل لم يمكن أن ندعى فيه عموم اللفظ في عرف الوضع.

ولو ذكر الرأس مقرونًا باللمس - لا بالأكل - حنث برأس الطير، حتى قال القفال: لو قال بالفارسية: «دَرْخَانَه نَشَوْم»^(١) لا يحنث بيت الشعر؛ إذ لم يثبت هذا العموم في عُرف الفارسية. وإذا قصد اللفظ العربي، جاز أن يؤخذ بموجب ذلك اللفظ؛ لأنه اختار ذلك اللفظ، كما لو قال: لا أكل التفاحة، وهو لا يدري (ما التفاح) حنث بما سمّاه العرب تفاحًا.

وقال الصيدلاني: لو حلف، لا يأكل الخبز - وهو في بلاد طبرستان - حنث بخبز الأرز، ولا يحنث في غيرها.

وكل ما ذكرناه في مطلق اللفظ، فإن نوى شيئاً من ذلك فتبع نيته إن احتمل. فلو قال: والله، ما ذقت لفلان ماءً، وكان قد أكل طعامه، لم يحنث. ولو نوى الطعام أيضًا لم يحنث؛ لأن لفظ (الماء) لا يصلح له.

اللفظ الثالث: لو قال: لا أسكن هذه الدار، فليخرج على الفور، ولا يكفيه إخراج أهله مع المقام. ولو خرج وترك أهله، لم يحنث.

ولو انتهض لنقل الأقمشة على العادة، قال المرازمة: لا يحنث. وقال العراقيون: يحنث. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يحنث إلا بالمقام يومًا وليلة.

(١) أى: لا أدخل في البيت.

ولو قال: لا أساكنُ فلاناً، فقارقه صاحبه برّ في اليمين. وإن فارق هو في الحال فكذلك. وإن أقام ساعة حنت. والنظرُ في الأماكن، فإن كانا في (خان) ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يبرّ في اليمين؛ إذ انفرد ببيت وإن كان معه في الخان. والثاني: أنه لا بد من الخروج من الخان؛ تشبيهاً للخان بالدار لا بالسكة. والثالث: أنه إن حلف، وهو معه في بيت، كفاه الخروجُ من البيت، وإن لم يكن في البيت فلا بُدَّ من الخروج من الخان.

أما البيتان من الدار، فمكان واحد عند الإطلاق، وفيه وجه آخر أنهما كالخان. ثم على الصحيح، لو انفرد بحجرة تنفرد بمراقبتها لكنّ بأبها لا يفظّ في الدار، ففيه وجهان لأجل الطريق، أما الحجرة في الخان فمنفردة ولا يؤثر كون الطريق على الخان، ولو قال ساكنُ حجرة في الخان: لا أساكنُ فلاناً، وهو في حجرة أخرى، فلا يحنت بالإقامة؛ لانه ليس مُساكنًا. وقال القاضي: يجب الخروج من الخان. وهذا بعيد، ولزمه طرده في دور في سكة وقد ارتكبه، ويلزمه في سكين من بلد، ولا قائل به، نعم لو قال: نويتُ أن لا أساكنه في البلدة فوجهان، ووجهُ المنع: أن اللفظ لا ينبى عنه، ويلزمه منه تقدير ذلك في خراسان. أما المحلة فوجهان مرتبان على البلد وأولى بالاندراج عند النية. وإن كان في سكة مُنسدة الأسفل، وجرت النية، فالوجهُ القطعُ بأنه تتبع النية، أما إذا كان في دار فانتفض ببناء جدار حائل، فالصحيح: أنه يحنت بالمكث، وفيه وجه.

النوع الثاني: في ألفاظ الأكل والشرب وما يتعلق به

وهو ثلاثة ألفاظ:

الأول: إذا قال: لا أشرب ماءَ هذه الإداوة، لم يحنت إلا بشرب الجميع. وكذلك لو قال: لأشربن ماءَ هذه الإداوة، فلا يبرّ إلا بشرب الجميع. ولو قال: لأشربن ماءَ هذا النهر، فوجهان: أحدهما: أنه يقتضى الجميع؛ وهو محال؛ فيحنت في الحال، كما لو قال: لأصعدن السماء. والثاني: أنه يُحمّل على التبعض حيث لا يُحتمل؛ إذ قد يقال: فلان شرب ماء دجلة، أى: شرب منها.

ولو قال: لأقتلن فلاناً. وهو يذرى أنه ميتٌ - يلزمه الكفارة في الحال، كما لو قال: لأصعدن السماء، وكذلك لو قال: لأشربن ماءَ هذه الإداوة، ولا ماءَ فيها، وفيه وجه: أنه لا كفارة؛ فإنه ذكر محالاً في ذاته بخلاف الصعود، وقُتل الميت؛ إذ إحياء الميت مقدور له تعالى. وهذا فاسد؛ لأننا نوجب الكفارة بوجود المخالفة في اليمين؛ بدليل وجوبه في الغموس.

ولو قال: لأصعدنَّ السماءَ غداً، ففي لزوم الكفارة قبل الغد وجهان. ولو قال: لأقتلنَّ فلاناً- وهو يظنه حياً، فإذا هو ميت- ففي الكفارة خلافاً بناءً على أنَّ الناسي بالخلف هل يعذر؟.

اللفظ الثاني: إذا قال: لا أكل هذا الرغيفَ وهذا الرغيفَ، لا يحنث إلا بأكلهما، وكذلك لو قال: لا أكل ولا أكلم زيداً، فلا يحنث إلا بمجموعها، وقد ذكرناه في الطلاق، وليس يخلو عن إشكال، ولكن قالوا: الواو العاطفة تجعل الاسمين كالاسم الواحد المثني، فهو كما لو قال: لا أكلَّهما، فإنه لا يحنث إلا بتكليهما جميعاً.

اللفظ الثالث: إذا حلف أن لا يأكل الرأس، لم يحنث برأس الطير والسمك على الظاهر، ويحنث برأس البقر والإبل، فإن يؤكل ببعض الأقطار. ورأسُ الظباء لا يحنث بها؛ لأنها لا تؤكل في سائر الأقطار. وإن كان يعتاد في قطر حنث من حلف بذلك القطر، وهل يحنث في قطر آخر؟ فيه وجهان، مأخذه أنه يرعى أصل العادة أو عادة الخالفين؟، وكذا بيض السمك، لا يحنث به الخالف على أكل البيض؛ لأنه لا يفارق السمك، ويحنث ببيض الأوز والبط والنعامة، ولا يحنث ببيض العصفير؛ فإنه بالنسبة إلى البيض كرأس الطير بالنسبة إلى الرعوس، ويجرى فيه وجهٌ صاحب «التقريب». بمجرد الاسم. ولو حلف لا يأكل اللحم، لا يحنث بالشحم، ويحنث بالسمن، وهل يحنث بالآلية؟ فيه وجهان. وسنام البعير كالألية لا كالشحم والسمن. ولا يحنث بتناول الأمعاء والكرش والكبد والطحال والرئة، وفي القلب وجهان، فقيل: يطرد ذلك في الأمعاء، وهو بعيد. ولو حلف على الزبد لم يحنث بالسمن ولا بالعكس، وفيه وجه أن الزبد سمن، وليس السمن بزبد، واللبن ليس بزبد ولا سمن، والمخيض هل هو لبن؟ فيه وجهان؛ إذ العرب قد تسمى المخيض لبناً. ولو حلف على السمن لم يحنث بالأدهان. ولو حلف على الدهن، ففي الحنث بالسمن تردد. أما «روغن» بالفارسية فيتناولهما جميعاً، ولو حلف على الجوز حنث بالهندي. ولو حلف على التمر لم يحنث بالهندي. ولو حلف لا يأكل لحم البقر، حنث بيقر الوحشي ولو حلف «لا يركب الحمار» فهل يحنث بركوب حمار الوحش؟. ولو حلف أن لا يأكل، لا يحنث بالشرب، أو «لا يشرب» لم يحنث بالأكل.

ولو حلف لا يشرب سويقاً، فصار خاتراً بحيث يؤكل بالملاعق، فتحسَّاه، ففيه تردد. ولو قال: لا أكل السكر فوضع في الفم حتى انماح: لم يحنث، وفيه وجه. ولو حلف لا يأكل العنب والرمان، فشرب عصيرهما، لم يحنث، فإن حلف لا يذوق، فأدرك طعمه

وَمَجَّهَ وَلَمْ يَتَلَع: ففیه وجهان، وإن ازدرد حنث وإن لم یُذْرَک الطَّعْمَ. لو حلف لا یأکل السمن، فشرِب الذائب منه، لم یحنث، وإن جعله فی عَصِیدَة ولم یَبْقَ له أثر: لم یحنث، وإن کان مَمَّا زَا مِنْهُ حنث، وقال الإصْطَخَرِی: لا یحنث إذا کان مع غیره حتی قال: لو أکل مع الخبز لم یحنث. وهو بعید؛ فإنه العادة.

ولو حلف لا یأکل الخَل، فغمس فیهِ الخبز حنث، ولو جعله فی سِکباج نصَّ الشافعی، رضی الله عنه، أنه لا یحنث، وقال معظم الأصحاب: أراد إذا لم یظهر طَعْمُهُ، فإنَّ ظهر طعمه حنث.

ومنهم من جرى على ظاهر النص؛ لأن الاسم قد تبدل خلاف السمن المميز عن العصيدة، والسمن إذا لم يتميز فی العصيدة فهو كاخل فی السکباج، ولو حلف لا یأکل الفاكهة حنث بالرطب واليابس والعنب والرمان خلافاً لأبی حنیفة إذ قال: لا یحنث وفي الحنث بالقضاء تردد، وكذا فی اللبوب کَلْبُ الفستق.

فرع: لو حلف لا یأکل البيض، ثم انتهى إلى رجل، فقال: والله لا کُنَّ ممَّا فی کَمک، فإذا هو بیض، فقد سئل القفال، رحمه الله، عن هذه المسألة، وهو على الكرسي، فلم یَحْضُرْهُ الجواب، فقال المسعودی - وهو تلميذه - : يتخذ منه التناطف ویأکل، فیکون قد أکل ممَّا فی کمه ولم یأکل البيض، فاستحسن منه ذلك.

النوع الثالث: فی ألفاظ العقود

فإذا حلف لا یأکل طعاماً اشتراه فلان، لا یحنث بما ملَّکَه مِنْ وصیة، وهبة، وإجارة، أو رَجَعَ إلیهِ بِإِقَالَةٍ، وَرَدَّ عِيبٍ، أو قسمة؛ نظراً إلى اللفظ، ویحنث بالسَّلَم. وفيما ملک بالصلح عن الدَّيْنِ تردد. ولو قال: لا أدخل داراً اشتري فلانٌ بعضَهَا، فأخذه بالشُّفْعَة، لم یحنث، وما ملَّکَه بلفظ الاشتراك والتولية، فهو شراء. ولو قال: ما اشتراه زيد، فاشترك زيد وعمرو، فالمشهور من المذهب: أنه لا یحنث؛ لأن الشراء غیرُ مضافٍ إلى أحدهما على الخصوص، وقال أبو حنیفة - رحمه الله - : یحنث.

ولو اشتری زيدٌ وخلط بما اشتراه غیرُهُ: حنث إذا أکل من المختلط.

اللفظ الثاني: إذا قال: لا أشتری ولا أتزوج، فوَكَّل: لم یحنث، كما لو وکَّل بالضرب إلا أن یحلف على ما لا یَقْدِرُ علیه، كقوله: لا أبني بيتاً، وهو ليس ببناء، أو قال الأمير: لا أضرب، فأمر الجلاد، فقد خَرَّجَ الربیعُ فیهِ قولاً أنه یحنث، وظاهرُ المذهب أنه لا یحنث، ويتبع اللفظ إذا لم تكن نية.

أما إذا توكل في هذه العقود، فإن أضاف إلى الموكل: لم يحنث، والنكاح يجب إضافته. فلا يحنث فيه الوكيل ولا الموكل. ولو حلفا جميعاً، فإن أطلق الوكيل الشراء من غير إضافة، فالشهور: أنه يحنث؛ لأنه يُناقض قوله: لا أشتري، وخرج القاضي وجهاً أنه لا يحنث؛ لانصراف العقد إلى غيره. ولو قال: لا أزوج، فوكل بالتزويج حنث؛ لأن الولي أيضاً كالوكيل. ولو قال: لا أكلّم زوجة زيد، حنث بمكاملة امرأة قبل نكاحها وكيّل زيد، ولو قال: لا أكلّم عبداً اشتراه زيد، فاشتري وكيّله: لم يحنث بمكاملته، ولو قال: لا أكلّم امرأة تزوّجها زيد، فقبل وكيّله، فالقياس: أنه لا يحنث كما في الشراء، وقال الصيدلاني: إنه يحنث، وهو تشوّف إلى مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - في أن من تزوج بالتوكيل حنث في يمين التزويج.

اللفظ الثالث: لو قال: لا أبيع الخمر فباعه: لم يحنث؛ لأن ذلك صورة البيع، ويبيح الخمر محال، فهو كصعود السماء، وقال المزني - رحمه الله -: يحنث ويحمل هذا على صورة البيع بخلاف ما لو أطلق وقال: لا أبيع، فإنه لا يحنث بالفساد، والمذهب أنه لا يحنث. وكذلك إذا قال الزوج: لا أبيع مال زوجتي بغير إذنها، ثم باع بغير إذنها، لم يحنث؛ لأنه ليس ببيع وإنما حلف على محال.

اللفظ الرابع: إذا حلف لا يهب منه، فتصدّق عليه: حنث، ويحنث بالرقي والعمري، ولا يحنث بالوقوف إن قلنا: لا يملك الموقوف عليه، وإن قلنا: يملك، حنث، وفيه احتمال. ولا يحنث بتقديم الطعام إليه بالضيافة، ولا يحنث بالهبة من غير قبوله، وهل يحنث قبل الإقباض؟ فيه وجهان، وقال ابن سريج: يحنث من غير قبوله؛ إذ يقول: وهبت فلم يقبل، ويلزمه طرد ذلك في جميع العقود. وإن قال: لا أتصدّق عليه، لم يحنث بالهبة منه؛ إذ حلّت الهبة لرسول الله دون الصدقة، وفيه وجه أنه يحنث. ولو حلف أنه لا مال له، حنث بمال لا تجب فيه الزكاة خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -.

ويحنث بالدين المؤجل والمعجل، كان على موسر أو مُعسر. والابق مال، وكذا المدبر، وفي أم الولد وجهان، وفي المكاتب وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يكون مالاً؛ لاستقلاله بنفسه.

والمنافع ليس بمال في اليمين، حتى لو ملك منفعة دار بالإجارة: لم يحنث؛ لأنه يُراد به الأعيان.

النوع الرابع: في الإضافات

وفيها ألفاظ:

الأول: إذا قال: لا أدخل دار فلان، فدخل ما يملكه ولا يسكنه: حنث، ولو دخل ما

يَسْكُنُهُ عَارِيَّةً لَمْ يَحْنَثْ. فَمَطْلُقُ الْإِضَافَةِ لِلْمَلِكِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَسْكُنُ مَسْكَنَ فُلَانٍ، حَنْثٌ بِمَا يَسْكُنُهُ عَارِيَّةً، وَهَلْ يَحْنَثُ عَمْسَكْتُهُ الْمَغْصُوبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. وَهَلْ يَحْنَثُ عَمَّا يَمْلِكُهُ وَلَا يَسْكُنُهُ؟ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ، وَفِي الثَّلَاثِ أَنَّهُ يَحْنَثُ إِنْ سَكَنَهُ مَرَّةً وَلَوْ سَاعَةً. وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ هَذِهِ، قِبَاعُهَا، ثُمَّ دَخَلَ حَنْثٌ فِي الْأَظْهَرِ؛ تَغْلِيظًا لِلإِشَارَةِ. وَفِيهِ وَجْهٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ؛ لِلإِضَافَةِ الْمَقْرُونَةِ بِالإِشَارَةِ، وَلَمْ تَوْجَدْ إِلَّا أَحَدَهُمَا. وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ مِنْ هَذَا الْبَابِ، فَحَوَّلَ الْبَابُ إِلَى مَنْفَذٍ آخَرَ، فَبَايَئَهُمَا يَحْنَثُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَحْنَثُ بِدُخُولِ هَذَا الْمَنْفَذِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ بَابٌ. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَحْنَثُ بِدُخُولِ الْمَنْفَذِ الَّذِي عَلَيْهِ الْبَابُ. وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهَا.

فَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَابَ هَذِهِ الدَّارِ، وَلَمْ يُشِيرْ إِلَى بَابٍ وَمَنْفَذٍ، فَفَتَحَ لِلدَّارِ بَابٌ حَدِيدٌ، فَعَلَى وَجْهِ: يَحْنَثُ بِهِ وَبَائٍ بَابُ كَانَ، وَعَلَى وَجْهِ: يُنْزَلُ عَلَى الْمَوْجُودِ وَقَدْ أَلْبَسَ الْيَمِينَ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ دَابَّةَ ذَلِكَ الْعَبْدِ، لَا يَحْنَثُ بِمَا هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْهُ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُكَ بِالتَّمْلِيكِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ سَرَجَ هَذِهِ الدَّابَّةِ وَلَا أَبِيعَ جُلَّهَا، حَنْثٌ بِالنَّسُوبِ إِلَيْهَا، إِلَّا أَنَّ الْمَلِكَ لِلدَّابَّةِ غَيْرَ مَتَوَقَّعٍ، فَيَحْتَمِلُ عَلَى النِّسْبَةِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا مِنْهُ بِهَذَا فُلَانٌ عَلَى، حَنْثٌ بِمَا وَهَبَهُ فِي الْمَاضِي لَا بِمَا يَهَبُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ؛ لِأَنَّ اللفظَ لِلْمَاضِي. وَلَوْ قَالَ: بِمَا يَمْنُ بِهِ فُلَانٌ، لَمْ يَحْنَثْ بِمَا وَهَبَ مِنْ قَبْلُ، وَيَحْنَثُ بِمَا سَيَهَبُهُ. ثُمَّ سَبِيلُهُ أَنْ يَبْدُلَ ثَوْبَ آخَرَ بِيَعَهُ، وَلَوْ بَاعَهُ ثَوْبًا بِمَحَابَاةٍ، لَمْ يَحْنَثْ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا مِنْ ثَوْبٍ بِالثَّوْبِ، بَلْ مِنْ بَالِثْمَنِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا، فَارْتَدَى بِهِ أَوْ اتَّزَرَ، حَنْثٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ ارْتَدَى بِسَرَاوِيلٍ، وَاتَّزَرَ بِقَمِيصٍ؛ لِتَحَقُّقِ اسْمِ اللَّبَاسِ وَالثَّوْبِ. وَلَوْ طَوَاهُ وَوَضَعَهُ عَلَى رَأْسِهِ لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهُ حَمْلٌ وَلَيْسَ بِلَبَاسٍ. وَلَوْ فَرَشَ وَرَقَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ تَدَثَّرَ بِهِ فَقِيهٌ تَرَدَّدَ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ قَمِيصًا، فَارْتَدَى بِهِ فَقِيهٌ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْقَمِيصِ يُشِيرُ بِلَبَاسِهِ كَمَا يَلْبَسُ الْقَمِيصُ. وَلَوْ فَتَقَ وَاتَّزَرَ بِهِ، يَجِبُ الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يَحْنَثُ؛ لِأَنَّهُ فِي الْحَالِ غَيْرُ قَمِيصٍ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ هَذَا الْقَمِيصَ، فَوْجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِأَن يَحْنَثَ، حَتَّى يَجْرِيَ الْخِلَافُ وَإِنْ فَتَقَهُ وَارْتَدَى بِهِ؛ تَغْلِيظًا لِلإِشَارَةِ، عَلَى وَجْهِهِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ، وَهُوَ قَمِيصٌ - عِنْدَ ذِكْرِهِ - فَفَتَقَهُ وَارْتَدَى بِهِ، فَوْجْهَانِ، وَأَوَّلَى بِالْحَنْثِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَكْلِمُ هَذَا، وَأَشَارَ إِلَى عَبْدٍ، وَعَتَّقَ وَكَلَّمَهُ، حَنْثٌ. وَإِنْ قَالَ: لَا أَكْلِمُ هَذَا الْعَبْدَ، فَقِي كَلَامِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ وَجْهَانِ؛ لِاخْتِلَافِ الْإِشَارَةِ وَالْإِسْمِ. وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذَا، وَكَانَتْ

سَخْلَةً، فكبرت وأكل، حنث. ولو قال: لا أكل لحم هذه السَخْلَة، فكبرت فوجهان، وكذلك الرطب إذا جفَّ، والحنطة إذا تغيَّرت. ومن الأصحاب من قال: لا يحنث في الحنطة أو ما تغيَّرت بالصنعة، بخلاف السَخْلَة والرطب؛ فإنَّ تغيُّره بالخَلْقَة. ولو أشار إلى سَخْلَة، وقال: لا أكل لحم هذه البقرة، حنث بأكليها؛ تغليبا للإشارة، وفي مثله في البيع خلاف؛ لأن في العقود تعبداتٍ تُوجِبُ ملاحظة النِّظْم في العبارة. ولو قال: لا ألبس مما غزلته فلانة، يُحْمَلُ على ما غزلته في الماضي. ولو قال: مِن غزلها، عَمَّ الماضي والمستقبل. ولو خيَّط ثوبه بغزلها، لم يحنث إذ الخيْطُ غيرُ ملبوسٍ، ولو كان السَّدَى من غزلها، واللَّحْمَة من غزل غيرها فالمشهور: أنه لا يحنث؛ لأن اسم الثوب لا يتناول بعض الغزل، واسم اللبس يتناول الثوب، قال الإمام: وهذا يقتضي أن يقال: لو حلف لا يلبس مِن غزل نسوته، فَتَسَجَّ ثوبا واحداً من غزلهن، لا يحنث، وهو بعيد، وإنما يتحجج هذا إذا قال: لا ألبس ثوبا من غزل فلانة؛ فإن البعض ليس بثوب. أما إذا قال: لا ألبس من غزل فلانة، فهذا فيه غزلها، فلا يبعد أن يحنث. ولو حلف لا تخرج امرأته بغير إذن، ثم أذن لها بحيث لم تسمع، ففي الحنث إذا خرجت وجهان، مأخذهما التردد في حدِّ الإذن؛ إذ يحتمل أن يقال: شرطه استماع المأذون فيه، ويحتمل أن يقال: أراد بالإذن الرضا، وقد رَضِيَ، ونطق به، والمشكل أن الشافعي -رضي الله عنه- قد نصَّ أنها لو خرجت مرة بإذنه انحَلَّ اليمين، ولو خرجت بعد ذلك بغير إذن لم يحنث، بخلاف ما إذا قال: إن خرجت بغير خُفِّ فأنت طالق، فخرجت بخُفِّ، ثم خرجت بغير خُفِّ، يحنث. ومن أصحابنا من خَرَجَ وجهاً، أنه لا تنحلَّ اليمين بالخروج بالإذن أيضاً، وهو مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- وهو منقاس ولكنه خلاف النصِّ، والفرق أن مقصود الزوج في مثله إلزامها التحذر،

وإذا أذن في الخروج مرة، فقد رفع ذلك التحذر بنفسه؛ فخرجها بعد ذلك لا يتناولها اليمين.

النوع الخامس: في الحلف على الكلام

فلو قال: والله لا أكلمك تَنَحَّ عني، حنث بقوله: تَنَحَّ عني، وكذلك بكل ما يذكره بعد اليمين من زجرٍ وإبعادٍ وشتمٍ. وقال أبو حنيفة -رحمه الله-: لا يحنث.

ولو كاتبه لم يحنث. فلو رمز بإشارة مُفْهِمَةٍ، فالجديد: أنه لا يحنث. وكذلك إن خَرَسَ وأشار إليه؛ لأنَّ إشارته ليست بكلامٍ في اللغة، وإنما أعطى حُكْمَ الكلام لضرورة المعاملة. ولو حلف على مُهاجَرَتِهِ ففي مكاتبته تردُّد، من حيث إنها ضدُّ المهاجرة، ولكن

المُهَاجِرَةُ المحَرَّمَةُ لا ترتفع بها. ولو قال: لأتكلّم، فقرأ القرآن وسَبَّحَ وهَلَّلَ، لم يحنث، وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يحنث، كما لو ردّد شعراً مع نفسه، فإنه يحنث عندنا أيضاً، وما ذكره لا يخلو عن احتمال.

ولو قال: لأُثْنِيَّ عَلَى اللَّهِ أَحْسَنَ الثَّنَاءِ، فالْبِرُّ أن يقول: لا أحصى ثناءً عليك أنتَ كما أثنيتَ على نفسك.

ولو قال: لأُحْمَدَنَّ اللَّهَ بِمَجَامِعِ الْحَمْدِ، فَلْيَقُلْ ما علّمه جبريلُ - عليه السلام - آدمَ - عليه السلام -: الْحَمْدُ لِلَّهِ حَمْدًا يُوَافِي نِعَمَهُ، وَيُكَافِي مَزِيدَهُ.

ولو قال: وَاللَّهِ لَا أَصَلِّي، حنث كما يُحَرِّمُ بالصلاة وإن أفسدها بعد ذلك، ومنهم من قال: ما لم يُعْرِغْ من صلاةٍ صحيحةٍ لا يحنث، لكن هل يتبين استنادُ الحنثِ إلى أولِ الصلاة؟ فيه وجهان، وكذا الخلاف في الصوم، ولمن حلف لا يحج حنث بالحج الفاسد؛ لأنه منعقدٌ بخلاف البيع الفاسد.

النوع السادس: وهو تقديم البرِّ وتأخيرهُ

وفيه ألفاظ:

الأول: إذا قال: لا أكلن هذا الطعامَ غداً، فإن أكل الطعامَ قبل الغد: حنث؛ لأنه قَوَّتَ البرَّ باختياره، وكذلك إذا أكل البعض؛ لأن البر يحصل بأكل جميعه، لكن الكفارة تلزمه في الوقت أو غداً؟ فيه خلافٌ. ولو تلف الطعامُ قبل مجيئ الغد بغير اختياره، ففي الحنث خلافٌ يلتفت على الإكراه والنسيان في الحنث، وسيأتي - إن شاء الله تعالى -. ولو أتلفه في أثناء الغد، أو مات الخالف، وقد بقي من الغد بقية، ففيه وجهان يلتفتان على أن من مات في أثناء وقت الصلاة، هل يَعْصِي بترك المبادرة؟ والصحيح أنه لا يَعْصِي؛ لأنَّ الوقت فُسْحَةٌ التأخير، والصحيح أنه يحنث؛ لأنه قَوَّتَ البرَّ مع إمكانه، وكذلك لو فات مهما قلنا: إن الحنث يحصل بغير اختياره.

اللفظ الثاني: لو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ غداً، فمات المستحقُّ، فالوفاء ممكنٌ بالتسليم إلى الورثة. وإن مات الخالف - سواء مات قبل الغد أو بعده - فهو كفوات الطعام، فإن قلنا: يحنث، ففي موته قبل الغد نظر؛ لأن وقت الحنث إنما يدخل وهو ميت، ولكن لا يبعد أن يحنث وهو ميت مهما سبق اليمينُ التي هي السبب في حال الحياة، كما لو حفر بئراً، فتردّى فيها بعد موته إنساناً، إذ يلزمه الكفارة، والضمنان في ماله.

اللفظ الثالث: لو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ الْهلالِ، فلو قضى قبله فقد قَوَّتَ

البر، فيحنت، ولو قضى بعده فكذاك، فينبغي أن يترصد، ويُحْضِر المَالَ يُسَلِّم عند الاستهلال لا قبله ولا بعده، وهذا يكاد يكون محالاً؛ إذ لا يَقْدِر عليه، فإِذَا أَن يَتَسَامَح فيه، ويقنع بالممكن، أو يقال: التزم محالاً فيحنت بكل حال، ولا ذاهب إليه، ولكن قال بعض الأصحاب: له فُسْحَةٌ في تلك الليلة واليوم الأول؛ فَإِن هذا في العادة يُسَمَّى أول الهلال، وهو بعيد.

اللفظ الرابع: لو قال: لأقضي حقك إلى حين، فهذا ينسبط على العمر، ولا يتقدَّر وقته. ولو قال: إذا مضى حينٌ فأنت طالق، نصَّ الشافعي -رضي الله عنه- أنها تطلق بعد لحظة، وهذا في جانب الطلاق ممكن، وغاية تعليقه: أن الاسم ينطلق على لحظة، وهو تعليق، فيتعلق بأول ما يُسَمَّى حيناً، أما إذا قال: لأقضي حقك إلى حين، فهذا وَعَدٌ فلا يتعلق بأول اسم.

النوع السابع: في الخصومات

وفيه ثلاثة ألقاظ:

الأول: إذا قال: لا أرى منكراً إلا رفعته إلى القاضي، فليس عليه البدار إذا رآه، بل جميع عمره فُسْحَةٌ، وإنما يحنت إذا مات هو أو القاضي بعد التمكن من الرفع. ولو لم يتمكن حتى مات أحدهما، فهذا فوات البر كرهاً؛ فيخرج على الخلاف. ولو بادر إلى الرفع، فمات القاضي قبل الانتهاء إلى مجلسه، منهم من قطع بأنه لا يحنت، ومنهم من خرج على الخلاف، ولو عَزَلَ القاضي الذي عينه، ولم يرفعه إليه بعد العزل، قال الشافعي -رضي الله عنه-: خشيت أن يحنت. فأطلق الأصحاب قولين. وإذا قال: رفعته إلى القاضي، فهل يتعين المنسوب في الحال أم يبر بالرفع إلى كل من ينصب بعده؟ ففيه وجهان لتردد الألف واللام بين التعريف والجنس. ولو رأى منكراً بين يدي القاضي مع القاضي فلا معنى للرفع. ولو اطلع عليه بعد اطلاع القاضي، فوجهان: أحدهما: أنه فات البر كما لو رأى معه. والثاني: أنه يبر بصورة الرفع وإن لم يكن فيه إعلام.

وعلى الوجه الأول يُخْرِج ما لو صبَّ ماء الإداوة بعد أن حلف على شربه أو أبرئ عن الدين، بعد أن حلف على قضائه، فإن قلنا: الإبراء يقتصر إلى قبول، فقبل، يحنت بالفوات قطعاً؛ لا اختياره.

اللفظ الثاني: إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى الحق فإن أبرأه، أو أخذ منه عوضاً، حنت؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ عَيْنَ حقه إلا إذا نوى. ولو فارقه الغريم، فلم يتعلق به، ولم يتبعه؛ لا يحنت؛ لأنه لم يفارق، وإنما المفارق غريمه، وهو الخالف على فعل نفسه.

ولو كانا يتماشيان، فوقف ومشى الغريم: لا يحنت أيضاً؛ لأن المفارقة قد حصلت بحركة الغريم، ولا يُنسب إلى سكونه، وقال القاضي: ينسب إلى سكونه، فإنه الحادث الآن، بخلاف الصورة الأولى، فإن الحادث هو أصل المشى، وهو من الغريم. أما إذا قال: لا يفرق، فإن فارق الغريم حنت؛ لأنه أضاف إلى الجانبيين، وفيه وجه: أنه لا يحنت.

اللفظ الثالث: إذا قال: لأضربك مائة خشبة، حصل البر بالضرب بشمراخ عليه مائة من القضبان، وهذا بعيد على خلاف موجب اللفظ ولكنه يثبت تعبدًا قال الله - تعالى -: ﴿وخذ بيدك ضغثًا فاضرب به ولا تحنت﴾^(١) في قصة أيوب - عليه السلام.

ثم لا بد أن يتناول على المضروب بحيث تنكس جميع القضبان؛ حتى يكون لكل واحد أثر، ولا بأس أن يكون وراءه حائل، إذا كان لا يمنع التأثير أصلاً، وفيه وجه: أنه لا بد من ملاقة جميع بدنه، ولا يكفي انكسار البعض على البعض. ثم لو شككنا في حصول التثقيب أو المماسه إن شرطناها، قال الشافعي - رضي الله عنه -: حصل البر، ونص أنه لو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد، ثم دخل، ومات زيد، ولم يعرف أنه شاء أم لا: حنت. فقيل: قولان بالنقل والتخريح؛ لأجل الإشكال، وقيل: الفرق أن الأصل عدم المشية، ولا سبب يظن به وجودها، والضرب هاهنا سبب ظاهر في اقتضاء الانكسار. ولو قال: مائة سوط بدل الخشبة، لم تكفيه الشماريخ بل عليه أن يأخذ مائة سوط، ويجمع ويضرب دفعة واحدة، ومنهم من قال: تكفيه الشماريخ أيضاً كما في لفظ الخشبة، أما إذا قال: لأضربن مائة ضربة، فلا يكفي الضرب مرة واحدة بالشماريخ، وقال العراقيون: يكفي الضربات بالسياط معاً.

ولنقتصر من صور الألفاظ ومعانيها على هذا القدر، فإنه فن لا يتصور أن يُحصَر، وفيما ذكرناه هاهنا وفي الطلاق ما يُمهّد طريق المعرفة.

خاتمة

كل فعل يحصل به الحنت، فإذا حصل ذلك الفعل مع إكراه أو نسيان أو جهل، ففيه نظر لا بد من بيانه، فلو قال: والله لا أدخل الدار، فأذن حتى حُمِلَ وأُدخل: حنت؛ لأنه كالراكب، والراكب داخل. ولو حُمِلَ قهراً وأُدخل: لم يحنت، وفيه وجه: أنه كالإذن، وبين الدرجتين أن يُحمَل وهو قادر على الامتناع فلا يمتنع، فقد ألحقه الأكثر بالإذن، ومنهم من ألحقه بالقهر.

أما إذا أُكِّره على الدخول، أو نسيَ اليمين، فقولان: أحدهما: أنه يحنت؛ لوجود

الصورة، ولأنه يحنث بطلوع الشمس إذا حلف عليه، فليس يُشترط الفعل في الحنث. والثاني: أنه لا يحنث؛ لأنه الآن علّق على الفعل، وهذا ليس بفعل شرعاً.

واختار القفال - رحمه الله - أن الطلاق يقع، والحنث لا يحصل، فإنه أشبه بالعبادات التي يُنسب فيها إلى الإحرام وتركه، فيؤثر فيه التسيان والإكراه، ثم قيل: الناسي أولى بأن يحنث، وقيل: أولى بأن لا يحنث، وقد ذكرناه في الطلاق.

وأما الجاهل فهو أن يقول: لا أسلم على زيد، فسلم في ظلمة، ولا يدري أنه زيد، فقولان مرتبان وأولى بالحنث؛ لأن الجاهل يُفطر، والناسي لا يُفطر، أعني من غلط فظن غروب الشمس، وكل ما يفوت البر به من انصباب ماء الإداوة، وموت من يتعلق البر به وهلاكه، فيخرج على القولين. وكذلك إذا قال: ما فعلت، أو لا أملك شيئاً، وكان قد فعل، وملك، لكن نسي، خرج على القولين.

فروع: لو قال: لا أسلم على زيد، فسلم على قوم هو فيهم، ولكنه لم يعلم، فقولان مرتبان على ما إذا رآه في ظلمة فسلم عليه، وهاتنا أولى بأن لا يحنث؛ لأنه لم يُعيّنه بالسلام.

ولو قال: لا أدخل على فلان، فدخل على قوم هو فيهم، ولم يعلم، فقولان مرتبان، وأولى بالحنث؛ لأن اللفظ أقبل للخصوص من الفعل.

وأما إذا سلم على القوم واستثناه باللفظ أو بالنية: لم يحنث. ولو لم يستثن وهو عالم به، قال العراقيون: فيه قولان ولا مأخذ له إلا أنه لم يسلم عليه خاصة، فيحمل مطلق لفظه على التسليم عليه بالتنصيص. أما إذا قال: لا أدخل عليه، ثم دخل على قوم وهو فيهم، واستثنى بالنية، فوجهان: أحدهما: أنه لا يحنث، كالسلام. والثاني: أنه يحنث؛ لأن العموم يقبل الخصوص، وأما الفعل فلا يقبل.

وإن كان هو وحده في البيت، ولكن دخل لشغل آخر، فهو أيضاً على الوجهين. ولو دخل ولم يعلم أنه فيه، فظاهر النص أنه لا يحنث؛ لأنه لا يكون داخلاً عليه إذا لم يعلمه ولم يقصده، وخرج الربيع أن هذا كالناسي، وصحح معظم الأصحاب تحريمه، والله أعلم.

كتاب النذور

قال الله تعالى: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾^(١) فصار هذا أصلاً في لزوم الوفاء^(٢). والنظر في أركان النذور وأحكامه:

النظر الأول: في الأركان

وهي: الملتزم، وصيغة الالتزام، والملتزم.

أما الملتزم: فهو كل مكلف له أهلية العبادة؛ فلا يصح النذر من كافر؛ لأنه لا يصح منه التقرب، نعم قال عمر -رضي الله عنه- لرسول الله ﷺ: كنت نذرت اعتكاف ليلة في الجاهلية، فقال -عليه السلام-: «أوف بنذرك، فمن هذا يتضمن التصحيح»^(٣)، ويحتمل أن يُحمل على الاستحباب حتى لا يكون إسلامه سبباً في ترك خير كان قد عزم عليه في الكفر.

وأما الصيغة: فهي ثلاثة:

الأولى: أن يقول: «إن شفى الله مريضى، فله على كذا» فيلزمه، وكذلك إذا علق بنعمة أو زوال بليّة.

الثانية: أن يعلق بما يريد عدمه، وهو يمين الغضب والحاج، وقد ذكرناه.

(١) الآية [الإنسان: ٧].

(٢) لا شك في أن هذه الآية أصل في مشروعية النذر، إلا أنها ليست أصلاً في لزوم الوفاء به.

والأصل في ذلك قوله -تعالى-: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وما يفيد اللزوم أيضاً ما جاء بصيغة العقاب للناك كقوله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهُ لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة: ٧٧: ٧٥].

وقوله ﷺ فيما روته عنه عائشة: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه» أخرجه: البخارى (١٧٧/٨) وأبو داود (٣٢٨٩) والترمذى (١٥٢٦) والنسائى (١٧/٧) وابن ماجه (٢١٢٦) وأحمد (٢٢٤، ٤١، ٣٦/٦) والدارمى (١٨٤/٢) والبيهقى (٢٣١/٩، ١٠، ٦٨، ٧٥) والساعاتى فى يدائع للثمن (١٢١٧) والشافعى (١٢١٧) وابن حجر فى تلخيص الحبير (١٧٥/٤) ومالك (٧٤٦).

(٣) أى تصحيح القول السابق له وهو: «فلا يصح النذر من كافر»، ويكون هذا الحديث فيه دليل على صحة النذر من الكافر. والحديث أخرجه: البخارى (٢٠٤٣) ومسلم (١٦٥٦) وأبو داود (٣٣٢٥) والترمذى (٩٦/٤ ح ١٥٣٩) والنسائى (٢١/٧) وابن ماجه (٢١٢٩) من طرق عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.

الثالثة: أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق، فيقول: لله على صوم أو صلاة، فقيه قولان مشهوران: أحدهما: أنه يجب تنفيذ النذر. والثاني: لا؛ لأن ذلك كالعوض عن النعمة، وهذا ابتداء تبرع؛ فلا يصير واجباً بإيجابه له. إذا قال: لله على كذا إن شاء الله، لم يلزمه شيء. والاستثناء عقيب العقود والأيمان والنذور كلها تدفعها. وأما إذا قال: لله على كذا إن شاء زيد، لم يلزمه شيء وإن شاء زيد؛ لأنه لم يلتزم لله - تعالى -، وليس هذا كما لو قال: إن قدم زيد فلله على كذا؛ لأن ذلك يمين الغضب، أو هو تبرؤ ولم يعلق فيه لزوم العبادة بمشيئة زيد، هكذا قاله القاضي.

وأما الملزم: فكل عبادة مقصودة، ولها مراتب:

الرتبة الأولى: أصول العبادات تلزم بالنذر، كالصلاة والحج والصدقة، ويلتحق بها فنان:

أحدهما: صفات هذه العبادات، كما لو نذر الحج ماشياً، أو طول القراءة والقيام في الصلاة. فإن أفرد الصفة بأن التزم المشي في حجة الإسلام، وطول القراءة في رواتب الفرائض، ففي اللزوم وجهان؛ لأن هذه صفات، فيبعد أن تستقل باللزوم.

والثاني: فرض الكفايات، فلو نذر الجهاد في جهة، قال صاحب «التلخيص»: يلزمه في تلك الجهة، وكذلك لو نذر تجهيز الموتى، وكذا كل ما يحتاج فيه إلى مال، أما ما لا يحتاج إليه، كالصلاة على الجنائز، والأمر بالمعروف، ففيه تردد، والظاهر لزومه.

الرتبة الثانية: القربات التي حث الشرع عليها، كعبادة المريض، وزيارة القادم، وإفشاء السلام، ذهب المتقدمون من الأصحاب إلى أنها لا تلزم بالنذر؛ فإنها ليست عبادة، ولو لزم، لوجب قصد التقرب بها إلى الله - تعالى، ولصارت عبادة. وذهب المتأخرون إلى أنها تلزم، كتجهيز الموتى والجهاد، فإنها لم تشرع عبادة مقصودة، فلا يمكن الضبط إلا بالقربة التي يربحى ثوابها، واستثنى القاضي عن هذا ما يخالف الرخصة، كقوله: لا أفطر في السفر؛ فإن هذا تغيير للشرع، إذ اللزوم بالنذر لا يزيد على إلزام الشرع، وهو يسقط بالسفر.

واختلفوا فيما لو التزم بالنذر الوتر والتوافل الرواتب؛ لأنه كالتغيير لرخصة الشرع في تركه، وقال الشيخ أبو محمد - رحمه الله -: ينبغي أن لا يجب بالنذر إلا ماله أصل واجب في الشرع مقصود، فقال: لا يجب بالنذر تجديد الوضوء؛ لأنه لم يجب مقصوداً، والاعتكاف يجب؛ لأنه مكث، والوقوف بعرفة مكث واجب. وقال الإمام: يجب عند تجديد الوضوء بالنذر.

الرتبة الثالثة: المباحات، كالأكل والدخول والنوم، فإنه وإن كان يُناب على أكله

إِذَا قَصَدَ التَّقْوَى عَلَى الْعِبَادَةِ، وَعَلَى نَوْمِهِ إِذَا قَصَدَ طَرْدَ النَّعَاسِ عِنْدَ التَّهَجُّدِ، فَهَذَا بِمَجْرَدِ الْقَصْدِ، وَهَذِهِ الْأَفْعَالُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ شَرْعًا بِخِلَافِ الْعِبَادَةِ وَرَدِّ السَّلَامِ وَغَيْرِهِ، لَكِنْ قَالَ الْقَاضِي: إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَى أَنْ أَدْخُلَ، أَوْ أَكُلَ، وَلَمْ يَلْتَزِمْ، فَيَلْزِمُهُ بِمَجْرَدِ اللَّفْظِ كَفَارَةٌ يَمِين. وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَى أَنْ أَشْرَبَ الْخَمْرَ، أَوْ مَحْظُورًا آخَرَ، قَالَ: فِي لَزُومِ الْكِفَارَةِ وَجْهَانِ، وَهَذَا لَيْسَ يَظْهَرُ لَهُ وَجْهٌ يُعْتَدُّ بِهِ إِلَّا مَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلِيهِ مَا سَمَّى، وَمَنْ نَذَرَ وَلَمْ يُسَمِّ، فَعَلِيهِ كِفَارَةُ يَمِينٍ»^(١).

وَهَذَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ فِي يَمِينِ الْعَلَقِ، فَلَا يُتْرَكُ الْقِيَاسُ بِمِثْلِهِ، نَعَمْ لَوْ نَوَى الْيَمِينَ بِقَوْلِهِ: لِلَّهِ عَلَى أَنْ أَدْخُلَ الدَّارَ، فَيَلْزِمُهُ الْكِفَارَةُ بِالْحَنْثِ.

فِرْع: إِذَا نَذَرَ الْجِهَادَ فِي جِهَةٍ، قَالَ صَاحِبُ «التَّلْخِصِ»: تَتَعَيَّنُ الْجِهَةُ، وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ: لَا تَتَعَيَّنُ، وَمِثْلُ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ إِلَى أَنْ تَتَعَيَّنَ الْجِهَةُ، أَوْ جِهَةٌ تُسَاوِيهَا فِي الْمُونَةِ وَالْمَسَافَةِ كَمَا فِي مَوَاقِيتِ الْحَجِّ.

النظر الثاني: في أحكام النذر

وَمَوْجِبِ النَّظَرِ مَقْتَضَى اللَّفْظِ، وَالْمُلْتَزِمَ بِالنَّذْرِ أَنْوَاعٌ مِنَ الْقُرْبِ:

النوع الأول: الصوم

وفيه ألفاظ:

الأول: إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَى صَوْمٍ، فَيَلْزِمُهُ يَوْمٌ، وَهُوَ الْأَقْل. وَهَلْ يَلْزِمُهُ تَبَيُّتُ النِّيَّةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ يُعْبَرُ عَنْهُمَا بِأَنْ مَطْلُوقَ النَّذْرِ، يُنْزَلُ عَلَى أَقْلٍ وَاجِبِ الشَّرْعِ، أَوْ عَلَى أَقْلٍ الْجَائِزِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَنْزِلُ عَلَى أَقْلٍ الْجَائِزِ فَلَا يَشْتَرُطُ التَّبَيُّتُ، فَإِنْ إِتْبَاعُ الْأَصْلِ أَوْلَى مِنَ التَّنْزِيلِ

(١) الْحَدِيثُ الَّذِي أَوْرَدَهُ الْمَصْنِفُ بِهَذَا اللَّفْظِ أَخْرَجَهُ الزَّيْلَعِيُّ وَضَعْفَهُ فِي نَصْبِ الرَّايَةِ (٣/٣٠٠)، وَوَرَدَ عَنْ عَقِبَةِ بْنِ عَامِرٍ مَرْفُوعًا: «كَفَارَةُ النَّذْرِ إِذَا لَمْ يَسْمَعْ كِفَارَةَ يَمِينٍ» أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (١٥٢٨) وَابْنُ خَلِّكَانٍ (٣٤/١٠) وَالسَّيُوطِيُّ فِي الدَّرِّ الْمَشْهُورِ (١/٣٥١). وَوَرَدَ بِدَوْدٍ «لَمْ يَسْمَعْ» أَخْرَجَهُ: مُسْلِمٌ (النَّذْرُ ب ٥ رَقْم ١٣) وَأَبُو دَاوُدَ (٣٢٢٤) وَالتَّنْسَائِيُّ (٢٦/٧) وَأَحْمَدُ (٤/١٤٤، ١٤٦، ١٤٧) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (١٠/٤٥، ٦٧، ٧١) وَالتَّبْرِيزِيُّ (٣٤٢٩).

وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا: «مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يَسْمَعْ فِكْفَارَتَهُ كِفَارَةُ يَمِينٍ، وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا لَمْ يَصْغِهِ فِكْفَارَتَهُ كِفَارَةُ يَمِينٍ، أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ (٣٢٢٢) وَابْنُ مَاجَةَ (٢١٢٧، ٢١٢٨) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٤١٢/١١) وَالدَّرَقُطَنِيُّ (٤/١٦٠) وَابْنُ حَجَرٍ فِي فَتْحِ الْبَارِي (١١/٥٨٧) وَالسَّيُوطِيُّ فِي الْمَشْهُورِ (١/٣٥٢) وَالتَّبْرِيزِيُّ فِي مَشْكَاتِ الْمَصَابِيحِ (٣٤٣٩) وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي شَرْحِ مَعَالِي الْأَنْبَارِ (٣/١٣٠). قَالَ الشُّوْكَانِيُّ فِي نَيْلِ الْأَوْطَارِ (٨/٢٤٧) قَالَ الْخَافِظُ فِي بَلَوِّ الْمَرَامِ: إِسْنَادُهُ صَحِيحٌ إِلَّا أَنَّ الْخَافِظَ رَجَحُوا وَقَفَهُ، أ.هـ.

على واجب الشرع. وكذلك إذا قال: لله على صلاة، تلزمه ركعتان على قول، ويكفيه ركعة على قول، ولا خلاف أنه لو قال: لله على صدقة، لم يتصدق بخمسة دراهم؛ لأن في الخلطة قد يجوز إخراج ما دونها. ولا خلاف أنه لا يختص بجنس مال الزكاة. وفي الاعتكاف هل يكفي الدخول مع النية من غير مكث؟ فيه تردد، وإن كان المكث لا يشترط في كونه عبادة.

ثم إن قلنا: لا يشترط التبيت، فلو قال: على صوم يوم، ونوى نهاراً، فإن قلنا: إنه صائم من ذلك الوقت فلا يجزئ، وإن قلنا: إنه صائم جميع النهار، أجزأه.

اللفظ الثاني: إذا عين يوماً، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يتعين اليوم، وتعين الزمان كتعين المكان، والمسجد للصلاة. والثاني: أنه يتعين؛ فلا يجوز قبله، وإن أخر عنه كان قضاءً.

ولا خلاف في أنه لا تثبت خواص رمضان لذلك اليوم المعين بل يجوز فيه صوم آخر بمعنى أنه ينعقد. ولو نذر شهراً لم يلزمه التتابع، إلا أن يلزمه. ولو عين الشهر فقال: على صوم رجب متتابعاً، ففي وجوب التتابع في قضاؤه وجهان: أحدهما: أنه يجب؛ لأنه التزم. والثاني: لا، كقضاء رمضان؛ فإن ذكر التتابع مع تعيين الشهر - لغو، فإن التتابع يقع ضرورة في الشهر المعين.

ولو شرط التفرق في الصوم لم يلزمه على الأصح؛ لأنه ليس وصفاً مقصوداً، ولم يُعين للصوم وقتاً حتى يُخرج على الخلاف المشهور في تعيين الوقت. ولو قال: على صوم هذه السنة، يكفيه أن يصوم جميعها، ويَنحَطُّ عنه صوم رمضان، وأيام العيد، والتشريق. وهل يلزمها قضاء أيام الحيض، أو ما أفطر بالمرض؟ ففيه خلاف، ومن لم يُوجب، فكانه قال: النذر يحترى مُحَرَّى الشرع، والشرع لا يُوجب عليه صوم هذه الأيام. أما ما أفطر في السفر، فالظاهر أنه يقضى؛ إذ يظهر فيه أن الشرع أوجب، لكن السفر اقتضى التخيير بينه وبين عدة من أيام آخر.

أما إذا قال: لله على صوم سنة، فيلزمه اثنا عشر شهراً بالأهلة، ولو ابتداء من المحرم إلى المحرم لا يكفيه، بل يلزمه قضاء أيام رمضان والعيدين. وفيه وجه أنه يكفيه، وهو بعيد.

اللفظ الثالث: إذا قال: لله على أن أصوم يومَ يقدم فيه فلان، فقدم ليلاً: لم يلزمه شيء؛ لأنه قرّن اليوم في نذره بالقدم ولم يُوجد. ولو قدم في أثناء النهار، فتقدم على هذا أصلاً، وهو أن من أصبح صائماً تطوعاً، فنذر إتمام ذلك اليوم: لزمه. ولو أصبح

مُتَمَسِّكًا فَالتَطَوُّعُ مُمْكِنٌ بِإِنْشَاءِ النِّيةِ، فَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَصُومَ ذَلِكَ الْيَوْمَ لَزِمَهُ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنْ النَّذْرُ الْمَطْلُوقُ يُنْزَلُ عَلَى وَاجِبِ الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ هَذَا مُقَيَّدٌ، وَلِهَذَا قَطَعُوا بِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَى رَكْعَةٍ وَاحِدَةٍ، لَزِمَتْهُ. وَالْعَجَبُ أَنَّهُمْ قَالُوا: لَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَى أَنْ أُصَلِّيَ قَاعِدًا، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الْقِيَامِ، يَلْزِمُهُ الْقِيَامُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَأَخَذُوا يُفَرِّقُونَ بَيْنَ رَكْعَةٍ وَبَيْنَ الْقِيَامِ، وَالْفَرْقُ غَيْرٌ مُمْكِنٌ.

أَمَّا إِذَا نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ الْيَوْمِ، فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُلْغَوُ؛ لِأَنَّهُ السَّتْرُ مُحَالًا. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَصَحُّ، وَيَلْزِمُهُ أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهِ بَقِيَّةَ الْيَوْمِ؛ لِيَصَحَّ الْبَعْضُ مَعَ الْبَقِيَّةِ. وَعَلَى هَذَا يُخْرَجُ مَا لَوْ نَذَرَ رُكُوعًا أَوْ سُجُودًا، أَنَّهُ يُلْغَوُ؟ أَوْ تَلْزِمُهُ صَلَاةٌ؟ وَلَمْ يَذْهَبْ أَحَدٌ إِلَى أَنَّ السَّجْدَةَ وَحْدَهَا تَلْزِمُ بِالنَّذْرِ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ عِبَادَةً إِلَّا مَقْرُونَةٌ بِسَبَبِ كَالثَّلَاوَةِ.

رَجَعْنَا إِلَى مَسْأَلَتِنَا، قَطَعَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنِ النَّذْرِ بِصَوْمِ ذَلِكَ الْيَوْمِ وَإِنْ أَصْبَحَ مُتَمَسِّكًا وَكَانَ قَبْلَ الزَّوَالِ، وَهَذَا مِثْلٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمٍ لَمْ يَكْفِهِ إِنْشَاءُ النِّيةِ نَهَارًا، وَإِنْ كَفَاهُ إِذَا لَمْ يَذْكُرِ الْيَوْمَ، وَذَكَرَ مَجْرَدَ الصَّوْمِ.

ثُمَّ هَلْ يَلْزِمُهُ صَوْمُ يَوْمٍ آخَرَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهِمَا، مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: أَصْلُهُ أَنَّ مَنْ نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ يَوْمٍ، هَلْ يَلْزِمُهُ يَوْمٌ كَامِلٌ؟ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا؛ بَلْ أَصْلُهُ أَنَّ قَوْلَهُ: يَوْمٌ يَقْدَمُ فُلَانٌ، مَحْمُولٌ عَلَى يَوْمِ الْقُدُومِ مِنْ أَوَّلِهِ، أَوْ مِنْ وَقْتِ قُدُومِهِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مِنْ أَوَّلِهِ، لَزِمَهُ صَوْمُ يَوْمٍ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مِنْ وَقْتِ الْقُدُومِ، فَهُوَ مُحَالٌ، لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ؛ إِذْ نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ الْيَوْمِ لَاغٍ عَلَى الصَّحِيحِ؛ إِذْ قَطَعُوا بِأَنَّهُ لَوْ نَذَرَ حَجَّ هَذِهِ السَّنَةِ، وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الْوَقْتِ إِلَّا يَوْمٌ وَهُوَ عَلَى مِائَةِ فَرَسَخٍ بَطُلَ النَّذْرُ. وَيُبَيِّنُ أَثَرُ هَذَا الْبِنَاءِ فِي الْعَتَقِ، فَإِذَا قَالَ: عَبْدِي حُرٌّ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلَانٌ، فَبَاعَهُ ضَحْوَةً، ثُمَّ قَدِمَ ذَلِكَ الْيَوْمَ، فَإِنْ قُلْنَا بِالِاسْتِنَادِ تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الْبَيْعِ، وَإِلَّا فَالْبَيْعُ نَافِذٌ؛ لِتَقَدُّمِهِ عَلَى الْقُدُومِ.

التَفْرِيعُ: إِنْ قُلْنَا: يَلْزِمُهُ، ثُمَّ يَظْهَرُ بِالْعَلَامَةِ أَنَّهُ يَقْدَمُ غَدًا فَنَوَى لَيْلًا؛ قَالَ الْقِفَالُ: لَا يَصَحُّ التَّرَدُّدُ، وَقَالَ غَيْرُهُ: يَصَحُّ؛ لِلْعَلَامَةِ وَلِلتَّشَوُّفِ إِلَى الْوَفَاءِ بِالْمَلْتَزِمِ. وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ هَلْ يَلْزِمُهُ الْإِمْسَاكُ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ، إِذَا أَصْبَحَ مُتَمَسِّكًا؟ فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ الْقَضَاءُ، فَعَلِيهِ الْإِمْسَاكُ، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ كَانَ صَائِمًا ذَلِكَ الْيَوْمَ عَنْ نَذْرِ آخَرَ، فَالْأَوَّلَى أَنْ يَقْضَى ذَلِكَ النَّذْرُ؛ لِأَنَّهُ تَطَرَّقَ إِلَيْهِ نَوْعٌ مِنَ الْإِشْتِرَاكِ.

اللفظ الرابع: إذا قال: لله على أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلاناً أبداً، فقدم يوم الاثنين لزمه صوم الاثنين أبداً تفريعاً على الأصح في أن الوقت يتعين بالتعيين في الصوم، وكذلك من نذر صوم الاثنين أبداً، لزمه. ثم لو وافق يوم حيض أو مرض، ففي القضاء الخلاف الذي ذكرناه في السنة، هذا إذا كان لا يغلب وقوع الاثنين في الحيض، فإن كانت تحيض عشراً عشراً فلا بد وأن يتناول اثنين، فالمذهب أنه لا يجب القضاء؛ لأن نذر أيام الحيض لاغ، وقد تناول بنذره أيام الحيض، ومنهم من طرد الخلاف؛ لأن الحيض يطول ويقصر. ولو صادف يوم عيد، فإسقاط القضاء أظهر؛ لأنه كالمتعين، ومنهم من قال: الهلال يختلف ويتصور فيه التقدم والتأخر؛ فيجب القضاء؛ فإن يوم حيضها في علم الله - تعالى - أيضاً متعين، أما الاثنين الواقعة في دور رمضان فلا يجب القضاء قطعاً، إذ لا بد من وقوع أربع أثنين فيه، أما الخامس فيخرج على الخلاف. ولو كان قد لزمه من قبل صوم شهرين متتابعين لكفارة، ثم نذر الاثنين: لم يلزمه قضاء ما فات في الصوم المتتابع كرمضان، وفيه وجه أنه يقضى؛ كما لو لزمه صوم الشهرين بعد النذر، فإنه يقضى؛ لأنه أدخل سبب الكفارة على نفسه.

اللفظ الخامس: إذا نذر صوم الدهر، لزمه، وقوله ﷺ: «من صام الدهر فلا صام» (١) أراد به أن لا يفطر أيام العيدين، ثم له الترخيص بعذر السفر والمريض، ولا قضاء؛ إذ لا يمكن القضاء؛ لأن الدهر مستغرق. ولو أفطر عمداً لزمه القضاء، وتعذر؛ لاستغراق

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه أحمد (٢٦٠٢٥/٤). وفي لفظ: «من صام الأبد فلا صام ولا أفطر» أخرجه: ابن ماجه (١٧٠٥) والنسائي (٢٠٦٠٥/٤) وأحمد (١٨٩/٢) وابن أبي شيبة (٧٨٠٣) والطبراني (٤٤٥/١٢) والمتقى في كنز العمال (٢٣٨٩٧/١) والهيتمي في موارد الظمان (٩٣٨) والزيدي (٢٦٠/٤) وابن حجر في التلخيص (٢١٧/٢) وابن عساكر (٥١/٧) وابن أبي حاتم في علل الحديث (٦٧٩).

وفي لفظ: «لا صام من صام الأبد» أخرجه: مسلم (٨١٥) والنسائي (٢٠٦/٤) وابن ماجه (١٧٠٦) وأحمد (٤٥٥/٦، ١٦٤/٢) وابن أبي شيبة (٧٨/٣) والهيتمي في مجمع الزوائد (١٩٣/٣) وأبو نعيم (٣٢٠/٣).

وفي لفظ: «لا صام ولا أفطر صائم الدهر» مسلم (الصيام ب٣٦ رقم ١٩٧، ١٩٦) وأبو داود (٢٤٢٥، ٢٣٢٦) والترمذي (٧٦٧) والنسائي (٢٠٦/٤، ٢٠٩/٢) وأحمد (٣١١، ٢٩٧/٥، ٢٥/٤).

وفي لفظ: «لا صام من صام الدهر» أخرجه: البخاري (٥٣، ٥٢/٣) والبيهقي (٢٩٩/٤) وابن أبي شيبة (٧٩/٣) وابن حجر في تلخيص الحبير (٢١٧/٢) وفي فتح الباري (٢٢٤، ٢٢٢/٤) والمتقى في كنز العمال (٢٣٩٠٧).

وفي لفظ: «لا صام ولا أفطر أو لم يصم ولم يفطر» أخرجه البغرى في شرح السنة (٦٣٤٤).

الدهر، فعليه المذُّ. فإن نوى القضاء في يوم انعقد قضاؤه، ولكن فاتته في ذلك اليوم الأداء، فعليه المذُّ لذلك اليوم. أما إذا عيَّنَ نَذْرَ يوم العيد نذره عندنا، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - وهو عندنا كنذر يوم الحيض.

وفى نذر يوم الشك، ونذر الصلاة في الأوقات المكروهة خلاف، وكذلك في أيام التشريق إن قلنا: إنه يُقبل صومُ المتمتع.

النوع الثاني: الحج

ومن نذر الحج لزمه، فإن نذر ماشياً ففي لزوم المشي قولان بناءً على أن الأفضل هو الركوب أو المشي؟ فإن قلنا: المشي أفضل، لزمه؛ لأنه صار وصفاً للعبادة. ثم النظر فيه في ثلاثة أمور:

الأول: في وقت المشي، فلو نذر المشي من دويرة أهله قبل الإحرام، ففي لزمه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن المشي قبل الإحرام ليس بعبادة. والثاني: نعم؛ لأن الحج ماشياً كذلك يكون.

فإن قلنا: يلزم، فلو أطلق وقال: أحجُ ماشياً، أو أمشي حاجاً، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يحمل اللفظ على العادة، فيلزم المشي من دويرة أهله. والثاني: يحمل على الحقيقة، والحج من وقت الإحرام. والثالث: أنه إن قال: أحج ماشياً، فمن وقت الإحرام، وإن قال: أمشي حاجاً، معناه قاصداً للحج، فمن دويرة أهله. وأما في آخر الحج، فله الركوب بعد التحللين، وهل له ذلك بينهما؟ فيه وجهان:

النظر الثاني: لو فاتته الحج بعد الشروع، أو فسد عليه بالجماع، لزمه لقاء البيت. وفي لزوم المشي وجهان، من حيث إن هذا غير واقع عن المنذور ولكنه من لوازمه.

النظر الثالث: لو ترك المشي بعذر، وقع الحج عن نذره، وإن ترك بغير عذر فقولان: أحدهما: لا؛ لأنه ما أتى بالموصوف. والثاني: وهو الأظهر، أنه يقع؛ لأنه أتى بالأصل. لكن هل يلزمه القدية بترك المشي؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا؛ لأنه ليس المشي من الأبعاض في الحج. والثاني: نعم؛ إذ لا معنى للبعض إلا واجب لا يجوز تركه. والثالث: أنه يجب إن تركه عمداً، وإن تركه بعذر لم يجب.

فروع: أحدها: لو ركب في بعض الطريق ومشى في بعض، قال الشافعي - رضي الله عنه -: إذا عاد للقضاء مشى حيث ركب، وركب حيث مشى. وهذا تفريع على لزوم القضاء، فكأنه وقع الحج الأول عنه، وبقي المشي الواجب، فلم يمكن قضاؤه

مفرداً، ففرضي بالحج له وكفاه بعض المشي لذلك، ومنهم من قال: وجب المشي في جميعه؛ لأن الأول لم يقع عنه.

الثاني: لو قال: لله على أن أحج عامي هذا، تعين الوقت له كما في الصوم. فلو امتنع بعذر، ففي القضاء خلاف كما في الصوم، وفي الإحصار خلاف مرتب، وأولى أن لا يجب القضاء، ونص الشافعي - رضي الله عنه - في الإحصار: أنه لا يجب القضاء. والآخر تخريج ابن سريج. الثالث: لو قال: لله على أن أحج راكباً، وقلنا: إن الركوب أفضل، فالقول فيه كالقول في المشي.

النوع الثالث: إتيان المساجد

إذا نذر إتيان مسجد سوى المسجد الحرام، والمدينة، وبيت المقدس، لم يلزمه شيء، قال رسول الله ﷺ: «لا تمتد الرحال إلا إلى ثلاث: مسجد الحرام، ومسجدى هذا، ومسجد إيلياء»^(١) أى المسجد الأقصى، وهذا لا يوجب تحريماً وكرهية في شد الرحال إلى غيره على الصحيح^(٢)، بل بين أن القرية هذا فقط، أما إذا نذر إتيان مسجد بيت

(١) الحديث أخرجه البخاري: بلفظ «ثلاثة» بدل «ثلاث» (٧٦/٢، ٧٧، ٢٥/٣، ٢٦)، ومسلم (الحج ب ٩٥ رقم ٥١١، ب ٧٤ رقم ٤١٥)، وأبو داود (٢٠٣٣)، والنسائي (المناكب ب ١٠)، وابن ماجه (١٩٦، ١٤٠٩، ١٤١٠)، وابن أبي شيبة (٦٧/٤)، وللحديث ألفاظ أخرى كثيرة. وفي لفظ: «لا تشدوا الرحال إلا إلى ثلاثة (ثلاث) مساجد»، أخرجه البخاري (٧٦/٢)، وابن أبي شيبة (٣٧٤/٢).

(٢) هذا يعني أن المصنف ينصر مذهبه وقوله الذي قاله من قبل وهو حواز زيارة قبور الأنبياء والصالحين، ورفع القبور، وهذا يخالف لجمهور أهل السنة والجماعة وعلمائها المحققين، وللعلامة ابن تيمية هنا كلام حصل له عن في زمنه لأجله وسجن - رحمه الله - هو وتلميذه ابن القيم، ومنع شد الرحال لزيارة قبور الأنبياء والصالحين مستنداً بحديث شد الرحال السابق ذكره، وبين ضعف أحاديث: «من زارني بعد مماتي فكأنما زارني في حياتي»، ورد عليه العلامة تقى الدين السبكي في مؤلف وأتى بأحاديث الزيارة مروية بسنده إلى أصولها من غير طريق.

ورد عليه العلامة المقدسي في مؤلف كبير وبين ضعف سندها ومتنها عما يكفى ويشفى وسماه الصارم المسكى في الرد على السبكي. ثم إن ابن تيمية بعد بيان الصواب في هذه المسألة قال: أول من وضع الأحاديث في السفر لزيارة المشاهد التي على القبور أهل البدع الرافضة، ونحوهم الذين يعطلون للمساجد ويعظمون المشاهد يدعون بيوت الله التي أمر أن يذكر فيها اسمه ويعبد وحده لا شريك له ويعظمون المشاهد، التي يشرك فيها ويكذب فيها، ويتدع فيها دين لم ينزل الله به سلطاناً، فإن الكتاب والسنة إنما فيهما ذكر المساجد دون المشاهد، والله أعلم، أ.هـ. من الفتاوى. وهذا كله في شد الرحال، وأما الزيارة فمشروعة بدون شد الرحال إليها بطريق الأصالة.

المقدس، أو مسجد المدينة، ففي اللزوم قولان:

أحدهما: لا؛ إذ لا يتعلق بهما نسلك. والثاني: نعم؛ لأن لهما اختصاصاً بالقرية على الجملة. فإن قلنا: يلزم، فهل يجب أن يضم إليه قرية أخرى من اعتكاف أو صلاة؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزم؛ إذ يعد أن يكفى الاجتياز به. والثاني: أنه لا يلزم إلا ما التزم، فهو مجرد زيارة كزيارة العلماء والقبور. فإن قلنا: تجب فقيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب فيه الاعتكاف؛ لأنه أخص بالمسجد. والثاني: تجب الصلاة، ولو ركعة واحدة؛ لأنه أظهر فضيلة هذه المساجد بها، فقال ﷺ: «صلاة في مسجدى هذا تعدل ألف صلاة في غيره، وصلاة في مسجد إيلياء تعدل ألف صلاة في غيره، وصلاة في المسجد الحرام تعدل مائة ألف صلاة في غيره»^(١). والثالث: أنه يتخير بينهما، وزاد الشيخ أبو على أنه يكفيه زيارة القبر في مسجد المدينة.

(١) لم يرد هذا الحديث بهذا اللفظ، وإنما هو عن جابر عند ابن عدى فى الكامل فى الضعفاء بلفظ: «الصلاة فى المسجد الحرام مائة ألف صلاة، والصلاة فى مسجدى بألف صلاة، والصلاة فى بيت المقدس بمسمائة صلاة»، وإسناده ضعيف؛ لأنه من حديث يحيى بن أبى حبة، عن عثمان ابن الأسود، عن مجاهد، عن جابر.

وروى من حديث أبى الدرداء مرفوعاً عند الطبرانى فى الكبير بلفظه السابق. وعن أبى ذر عند الدارقطنى فى العلل، والحاكم فى المستدرک: «صلاة فى مسجدى هذا أفضل من أربع صلوات فى بيت المقدس»، والهيثمى فى المجمع (٧/٤).

ومن حديث ميمونة بنت سعد: «بأن الصلاة فى بيت المقدس كألف صلاة فى غيره»، رواه ابن ماجه وله من حديث أنس: «صلاة فى المسجد الأقصى بمئتين ألف صلاة»، وإسناده ضعيف. انظر: ابن ماجه (١٤٠٧)، وقد ضعفه الألبانى فى ضعيف سنن ابن ماجه (ص ١٠٤)، وانظر: نيل الأوطار (٢٥٣/٨).

وفى لفظ: «الصلاة فى بيت المقدس بمسمائة»، أخرجه الهيثمى فى مجمع (٧/٤)، والمنذرى فى الترغيب والترهيب (٢١٦/٢)، والألبانى فى إرواء الغليل (٣٤٢)، وعلى القارى فى الأسرار المرفوعة (٤٥٩).

أما الصحيح فى هذا الباب فبلفظ: «صلاة فى مسجدى غير (أفضل) من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»، أخرجه البخارى (٧٦/٢)، ومسلم (الحج ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٨، ٥٠٩)، والترمذى (٣٢٥٠، ٣٩١٦)، والنسائى (الحج ب ١٠٢)، وابن ماجه (١٤٠٦، ١٤٠٤)، ومالك (١٩٦)، وأحمد (١٨٤/١، ٢٥٦/٢، ٢٧٧، ٤١٦، ٤٨٤)، والبيهقى (٥/٢٤٦، ١٠/٨٣)، وعبد الرزاق (٩١٣٦، ٩١٣٨)، والباقوى (٢/٣٣٥، ١٠/٣٠)، وللحديث ألفاظ أخرى.

فرع: لو نذر الصلاة في مسجد المدينة وإيلياء، قطع المرازمة باللزوم، وحكى العراقيون طرد القولين في تعيين المسجد. ولو نذر المشى إلى المسجدين، ففى المشى وجهان كما فى المشى من ديرة أهله قبل الإحرام. وأما إذا نذر إتيان المسجد الحرام، فيلزمه حج أو عمرة إن قلنا: يحمل النذر على أقل واجب. وإن قلنا: يحمل على مجرد الاسم، فلا بد من إحرام إن قلنا: إن ذلك يجب بدخول مكة. وإن قلنا: لا يجب نزل منزلة المسجدين، فيخرج الزوم بالنذر على قولين. ثم لا فرق بين لفظ المشى وبين قوله: أتى، أو أسير إليه، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجب إلا بلفظ المشى.

ولا فرق بين أن يقول: إلى مكة، أو الحرم، أو المسجد، أو مسجد الخيف، وجميع مواضع الحرم.

ثم إن قلنا: يجب أن يضاف إلى الإتيان اعتكاف أو صلاة، فهانئا تزيد العمرة والحج؛ فإنهما أخص به، ولا يبعد أن يكتفى بمجرد طواف، وهو أيضاً أخص من الاعتكاف. ولو قال: أتى عرفة، لم يلزم شيء؛ لأن ذلك ليس بقربة إذا لم يكن فى حج، وقال القاضى: إن غطره له شهود يوم عرفة مع الحجيج، لم يبعد لزومه، لما فيه من البركة، ولو نوى به الحج لزمه الحج وكذلك لو قال: إلى بيت الله تعالى فلا يلزمه شيء؛ لأن جميع المساجد بيت الله إلا إذا نوى به الكعبة.

النوع الرابع تعيين المساجد

فإن قال: لله على أن أصلى الفرائض فى المسجد، لزمه إذا قلنا: إن صفة الفرائض تفرض بالالتزام. أما إذا عين مسجداً لم يتعين إلا المساجد الثلاثة. وهل يقوم بعضها مقام بعض فى المسجد سوى المسجد الحرام؟ فيه خلاف، منهم من قال: يقوم؛ لأن النبى ﷺ سوى بينهما بالتعديل بألف صلاة، وعلى هذا يقوم المسجد الحرام مقامهما، ومنهم من قال: إذا عين فلا بد من التعيين، ومنهم من طرد هذا فى المسجد الحرام، وقال: لا يقوم مقام المسجدين.

ولا خلاف أنه لو نذر ألف صلاة لا تكفيه صلاة واحدة فى هذه المساجد. ولو نذر صلاة فى الكعبة جاز الصلاة فى أرجاء المسجد.

النوع الخامس فى الضحايا والهدايا

وقد ذكرناه فى الحج، وتشكلم الآن فى ألفاظ خمسة:

الأول: لو نذر أن يتقرب بسوقٍ شاةٍ إلى مكة لزمه ولم يكفه الذبح فى غير مكة. ثم

يلزمه التفرقة بمكة؛ لأن التلطيح وحده ليس بقربة، وفيه وجه: أنه لا تلزمه التفرقة بها، بل يجوز النقل؛ لأنه لم يلتزمه مقصوداً. وأما إذا لم يذكر لفظ الضحية، ولا لفظاً يدل على القربة، بل قال: لله على أن أذبح بمكة، فالأظهر أنه يلزمه؛ لأن اقترانه بذكر الله تعالى ومكة يشعر بقصد التقرب، ومنهم من قال: لا يلزمه؛ لأن الذبح المذكور بمجرد ليس بقربة ما لم يوصف بما يدل عليه فإن قال: لله على أن أذبح بنيسابور فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا يجب؛ لأن لفظ «مكة» قرينة مع ذكر اسم الله تعالى.

التفريع: إن قلنا: يلزم، لو ذكر لفظ التضحية بنيسابور فهل يتعين تفرقة اللحم بها؟ فيه وجهان يُستمدان من حواز نقل الصدقة، ويخرج عليه الخلاف في أن الفقير، هل يتعين للتصدق عليه إذا عيّن؟ ففي وجه: لا يلزم، إذ لم تثبت قرينة في هذه الأعيان بخلاف مكة. فإن قلنا: لا يلزم، فالظاهر أنه يلزم النذر ويسقط التعيين، ويحتمل أن يقال: فسد أصل النذر، فإن قلنا: تتعين للتفرقة، فهل يتعين للذبح؟ فيه وجهان من حيث إن تخصيص البلاد بالزكاة معهود، أما بالذبح فلا إلا في مكة، ولكن لا يبعد أن يجب تابعاً للتفرقة.

اللفظ الثاني: إذا قال: لله على أن أضحي ببذنة، لزمه بعير، وهل يقوم مقامه بقرة أو سبغ من الغنم؟ فيه طريقتان:

أحدهما: إن عدت البذنة جاز، وإلا فوجهان. والثاني: إن وجدت لم يجز، وإن عدت فوجهان. ومأخذ الخلاف، الالتفات إلى موجب اللفظ؟ أو وضع الشرع في التعديل؟ ولا خلاف في أنه لو نذر دراهم، فلا يتصدق بجنس آخر.

التفريع: إن جَوَزنا الإبدال، فلا يشترط المعادلة في القيمة. وفيه وجه بعيد أنه يشترط. وأما الصفة، فالصحيح أنه يتعين من الإبل البعير الثبي الذي يُجزى في الضحية بقوله: على أن أضحي، وذكر العراقيون وجهها، أنه ينزل على ما يسمى بذنة وإن كان معيباً. نعم، لا يُجزى الفصيل فإنه لا يسمى بذنة.

اللفظ الثالث: إذا قال: لله على هدي، وإن نزلناه على أقل واجب الشرع، فعليه حيوان من النعم، سليم من العيوب، ويلزمه السوق إلى الحرم، وفيه وجه أن السوق لا يجب؛ لأن دم الإحصار ودم الحيوانات تجزى في غير الحرم. وإن قلنا: ينزل على جائز الشرع، فكل ما ينطلق عليه اسم الهدي، والمنحة، ولو دانق، يتصدق به حيث كان، وفيه وجه: أنه لا بد من تبليغ الحرم؛ لاسم «الهدي»، وهو بعيد.

اللفظ الرابع: إذا قال: لله على أن أهدي هذه الظبية إلى مكة، لزمه التبليغ، ويتصدق

بها حية بمكة، إذ لا قربة في ذبحها، كما لو نذر عشرة أذرع من كرباس لا يخيطة قميصاً. ولو نذر بغيراً معيناً لا يجزىء في الضحية، ففي وجوب ذبحه بمكة وجهان؛ لأنه من جنس الضحية وإن لم يكن بصفته. فلو عين مالاً وقال: على أن أهديه إلى مكة، لزمه النقل بعينه إلا أن يكون عقاراً أو حجر رحي مما لا يمكن النقل، فيبيع وينقل القيمة، وخرج من هذا أن مكة تتعين في الصدقة والصلاة إذا عُنِيَتْ. وهل تتعين للصوم؟ الظاهر أنه لا تتعين؛ إذ لم يثبت لها اختصاص في الصوم بخلاف الصلاة والصدقة.

اللفظ الخامس: إذا قال: على أن أستر الكعبة، أو أطيبها، لزمه؛ لأن الستر عهد في العصر الأول ولم ينكر، وهذا يدل على أن ما ليس بقربة مقصودة أيضاً يلزم بالنذر، ويجوز ستر الكعبة بالحريز؛ لأن ذلك محرم على الرجال أن يلبسوه بأنفسهم لا في التزين وفي التزام تطيب المسجدين الآخرين تردّد، والله تعالى أعلم.

* * *

كتاب أدب القضاة (١)

وفيه أربعة أبواب:

(١) القضاء فى اللغة: الحكم. والأداء وعمل القاضى. ورجال القضاء: الهيئة التى يوكل إليها بحث الخصومات للفصل فيها طبقاً للقوانين. ويقال: وقع هذا الحادث قضاءً وقدرًا: لم ينسب إلى فاعل أحدته. وعقيدة القضاء والقدر: عقيدة من يرى أن الأعمال الإنسانية وما يترتب عليها من سعادة أو شقاء وكذلك الأحداث الكونية، تسير وفق نظام أزلى ثابت. جمع أقضية. أ.هـ. هذا ونحصر من المعانى اللغوية لثلاثة معان، وهى:

١ - القضاء بمعنى الحكم. ٢ - والقضاء بمعنى الأداء، وذلك بفصل الخصومات من خلال قوانين وضعت له. ٣ - والقضاء بمعنى أمر الله الأزل.

أما اصطلاحاً: عرفه المالكية: بأنه صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعى، ولو بتعديل أو تجميع لا فى عموم مصالح المسلمين. وعرفه الحنفية: بأنه إلزام على الغير بنية، أو إقرار. وعرفه الشافعية: بأنه فصل الخصومة بين خصمين بحكم الله. وعرفه اخنابلة: بأنه إلزام بالحكم الشرعى وفصل الخصومات. انظر: المعجم الوسيط (٢/٤٤٣)، حاشية الباجورى (٢/٣٣٥)، الدرر (٢/٤٠٤)، الفقهاء (ص ٢٢٨).

قلت: والقضاء فى الدول يختلف باختلاف ما تدين به، والدنيا فى الحكم والقضاء قسمان مؤمنة، وكافرة. كما قال الله تعالى: ﴿أفحكم الجاهلية يغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾ فالدولة التى تحكم بشرع الله مسلمة وما عداها جاهليات كافرة، ومن ثم فإن القضاء يكون على هذا النحو:

١ - الدولة المسلمة: تتكون من لجتين أو هيئتين الأولى: قضائية تفصل كما قال الفقهاء فى اصطلاحاتهم، تفصل بين الخصومات بشرع الله الذى ورد فى كتاب الله وسنة نبيه ﷺ وإجماع الأمة، والقياس الصحيح، فالتشريع حق الله لأنه يعلم من خلق، ولأنه كذلك فهو الذى يأمر لا غيره، قال تعالى: ﴿ألا له الخلق والأمر﴾ وقال: ﴿إن الحكم إلا لله﴾ وقال: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾، والحديث فى ذلك ليس هنا موضعه. والثانية: اللجنة التنفيذية. ٢ - الدول الجاهلية الكافرة: وهى التى تحكم بحكم الجاهلية كما قال الله تعالى: لأنه ما عدا حكم الله جاهليات منها:

أ - الدول الديمقراطية: وتتكون من لجان ثلاث الأولى: تشريعية، وهى التى تشرع من دون الله وتفصل قوانين حسب ما تراه الأغلبية. الثانية: قضائية وهى التى تقضى بما سنه وشرعه الوثن التشريعى (برلمان، مجلس شعب، شورى). الثالثة: تنفيذية: وهى التى تنفذ لما تقضى به الثانية. وهذه بناءات على أصل كبرى.

ب - الدولة الديكتاتورية: وهى طبقة الحكم المستبدة التى تتكون من طائفة تحكم معنى التشريع والقضاء والتنفيذ فى وقت واحد متخفية النظام السابق الديمقراطية وإن زعمت أنها تعمل به كدولة الفراخنة فى عصر موسى عليه السلام.

ج - الدولة الأوتقراطية: وهى استبداد فرد بما سبق. كالنمرود فى عهد إبراهيم عليه السلام وفى هذه المسألة كلام آخر كثير هذا ملخصه، وبالله التوفيق.

الباب الأول: في التولية والعزل

وفيه فصلان:

الفصل الأول: في التولية

وفيه ست مسائل:

الأولى: في فضيلة القضاء والقيام بمصالح المسلمين:

والانتصاف للمظلومين من الظالمين من أفضل القربات، وهو من فروض الكفايات، وهو أفضل من الجهاد وأهم منه؛ لأن الجهاد لطلب الزيادة، والقضاء لحفظ الموجود، وقد قال رسول الله ﷺ: «يومٌ واحدٌ من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحدٌ يقام في أرض يحقه أزكى من مطر أربعين خريفًا»^(١) فلاجل فضيلة الولاية، وكونها مهمًّا لنظام الدين والدنيا: تجب الإجابة على من دُعي إلى الحكم، والمستحب أن يقول إذا دُعي: سمعًا وطاعة.

الثانية: في جواز طلب القضاء والولايات:

وقد ورد فيه التحذير مع ما ذكرناه من الفضل، فقد قال ﷺ: «من ولى القضاء فقد ذهب بغير سكين»^(٢)، وقال لعبد الرحمن بن سمرة: «لا تسأل الإمارة؛ فإنك إن أعطيتها

(١) الحديث بلفظ: «يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة»، أخرجه البيهقي (١٦٢/٨)، والمنذرى في الترغيب والترهيب (١٦٧/٣)، والزيلعي في نصب الراية (٦٧/٤)، والطبراني (٣٣٧/١١)، والزيدي في إتحاف السادة (٣١٤/٥)، والمتقى في كنز العمال (١٤٦٢٤)، والألباني في السلسلة الضعيفة (٩٨٩)، عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعًا به.

وروى المنذرى عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا بلفظ: «يا أبا هريرة عدل ساعة أفضل من عبادة ستين سنة قيام ليلها، وصيام نهارها، ويا أبا هريرة جور ساعة في حكم أشد وأعظم عند الله عز وجل من معاصي ستين سنة»، وفي رواية: «يوم واحد أفضل من عبادة ستين سنة» رواه الأصبهاني (١٦٧/٣). هذا هو الجزء الأول من الحديث الذي لفته المؤلف.

أما الثاني وهو في مراجعه بلفظ: «حد يعمل في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمحطوا ثلاثين صاحبًا»، أخرجه النسائي (٧٦/٨)، وابن ماجه (٢٥٣٨)، وأحمد (٤٠٢/٢)، والترمذي (١٣٢٥)، والتهذيب (٢٤٦/٣)، والمتقى الهندي في كنز العمال (١٤٦٠٦، ١٤٦٢٢)، والبحارى في تاريخه الكبير (٢١٣/٢)، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) الحديث عن أبي هريرة من طرق أخرجه أبو داود (الأفضية ب ١)، والترمذي (١٣٢٥)، والبيهقي (٩٦/١٠)، والدارقطني (٢٠٤/٤)، والزيدي في إتحاف السادة (٣١٦/٨)، والعرافى في المغنى عن حمل الأسفار (٣١٦/٣)، وابن عدى في الكامل في الضعفاء (٢٦١٨/٧)، وابن=

عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها^(١)، وقال عمر، رضى الله عنه: ما من أمير ولا والٍ إلا ويؤتى يوم القيامة مغולה يدها إلى عنقه أطلقه عدله أو أوبقه جوره^(٢).

وإنما هذه التحذيرات؛ لأن هذه الولاية تستخرج من النفس خفايا الخبث حتى يميل على العدو وينتقم منه، وينظر للصدق، ويتبع الأغراض، وقد يظن بنفسه التقوى فإذا ولّى تغير، فنقول: للطلاب أربعة أحوال:

= أبى شيبة (٢٣٦/٧)، والمتقى فى كنز العمال (١٤٩٩٩)، وابن ماجه فى صحيحه وصححه الألبانى (٣٣/٢).

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البخارى (١٥٩/٨، ١٨٤، ٧٩/٩)، ومسلم (الإيمان ب ٣ رقم ١٩، الإمارة ب ٣ رقم ١٣)، والنسائى (٢٢٥/١)، والدارمى (١٨٦/٢)، والمنذرى فى الترغيب والترهيب (١٦٢/٣)، والسيوطى فى الدر المنثور (٢٦٩/١)، وابن حجر فى فتح البارى (١٠٨/١١). وللحديث ألفاظ أخرى.

(٢) روى هذا الحديث مقسوماً نصفين مرفوعاً. الأول: «ما من أمير عشرة إلا يؤتى به يوم القيامة مغلولاً»، أخرجه أحمد (٤٣١/٢، ٢٨٥/٥)، والدارمى (٢٤٠/٢)، والبيهقى (١٢٩/٣)، ٩٥/١٠، والطبرانى (٢٧/٦)، والهيتمى (١٩٢/٤، ٢٠٥/٥)، وابن أبى شيبة (٢١٩/١٢).

والثانى: «ما من والى عشرة إلا جاء يوم القيامة مغلولاً يدها إلى عنقه فكه بره أو أوثقه إثمها ملامه وأوسطها ندامة وأخرها غزى يوم القيامة»، قال المنذرى: أخرجه أحمد ورواته ثقات إلا يزيد بن أبى مالك.

وروى المنذرى عن أبى أمامة رضى الله عنه عن النبى ﷺ: «ما من رجل يلى أمر عشرة فما فوق ذلك إلا أتى الله مغلولاً يوم القيامة يده إلى عنقه فكه بره أو أوثقه إثمها ملامه وأوسطها ندامة وأخرها غزى يوم القيامة»، قال المنذرى: أخرجه أحمد ورواته ثقات إلا يزيد بن أبى مالك.

وروى عن أبى وائل شقيق بن سلمة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل بشر بن عاصم رضى الله عنه على صدقات هوازن فتخلف بشر فلقبه عمر فقال: ما خلفك أما لا سمع وطاعة، قال: بلى، ولكن سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ولى شيئاً من أمر المسلمين أتى به يوم القيامة حتى يوقف على جسر جهنم فإن كان محسناً نجا وإن كان مسيئاً انحرف به الجسر فهو فيه سبعين خريفاً»، فقال أبو ذر: وما سمعته من رسول الله ﷺ، قال: لا، قال: أشهد أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ولى شيئاً من أمر المسلمين أتى به يوم القيامة حتى يوقف على جسر جهنم فإن كان محسناً نجا وإن كان مسيئاً انحرف به الجسر فهو فيه سبعين خريفاً وهى سوداء مظلمة»، فأبى الحديثين أوجع لقلبك قال: كلاهما قد أوجع قلبى فمضى يأخذها عما فيها، فقال أبو ذر: من سلت الله أنفه وألصق خده بالأرض. أما إنا لا نعلم إلا خيراً وعسى أن وليتها من لا يعدل فيها أن لا تنجو من إثمها. أهـ. الترغيب والترهيب (١٣٣/٣).

إحداها: أن يكون متعيناً، بأن لا يوجد غيره ممن يصلح، فالطلب فرضٌ عليه. وإن كان خاملاً فعليه أن يُشهر نفسه عند الإمام حتى يُؤكّل. ثم إن كان يخاف على نفسه الحيانة والمثل لم يكن هذا عذراً، بل عليه أن يجاهد نفسه، ويلتزم سمت التقوى، فإن تولى ومال عصى، وإن امتنع من القبول، خوفاً من الميل، عصى، وهو متردد بين إحدى معصيتين لا محالة.

الثانية: أن يكون في الناحية من هو أصلح منه، ففي انعقاد إمامة المفضل خلافٌ. فإن منعنا، ففي انعقاد قضاء المفضل وتوليته خلافٌ، والأصح أنه ينعقد؛ لأن ما يفوت من مزية الإمامة لا جبر لها، ونقصان القاضى يجبره نظر الإمام من ورائه. فإن قلنا: لا ينعقد، حرّم عليه القبول، وحرّم على الإمام التولية. فإن قلنا: ينعقد، جاز للمفضل القبول إن وُلّيَ بغير مسألة وأولى أن لا يقبل. وأما الطلب فمكروه ولا ينتهى إلى التحريم، وقيل: إنه يحرم. وهذا كله فى الواطن بنفسه الذى اعتبر ورعها وتقواها، فإن كان معه استشعار خيانة فيحرم الطلب.

الثالثة: أن يكون فى البلد من هو دونه، فإن قلنا: لا تنعقد ولاية المفضل، التحق بالصورة الأولى. وإن قلنا: تنعقد، جاز القبول بل هو الأولى لتحصيل تلك المزية للمسلمين. وأما الطلب فهو جائز. وإن قلد بغير سؤال، فهل يلزمه القبول؟ فيه وجهان، ولكن هذا إذا كان واثقاً بنفسه، فإن كان خائفاً، فهذا لا يوازيه مزية الفضيلة، فليمتنع.

الرابعة: أن يكون فى الناحية مثله، فالقبول جائز. وإن وُلّيَ بغير سؤال فلا يجب القبول على الأظهر؛ لأنه غير متعين، لكن الأولى القبول؛ لأنه أناة من غير مسألة، فيعان عليه. وأما الطلب فيحتمل أن يكره؛ للخطر، ويحتمل أن يُستحب؛ للفضيلة، وكلُّ هذا إذا لم يخف على نفسه، فإن خاف خوفاً ظاهراً، فعليه الحذر.

وإن كان لا يستشعر ميلاً، ولكنه لم يجرب نفسه فى الولايات: فإن كانت له حاجةٌ لطلب رزق وكفاية، فلا تُطلق له الكراهية بالتوهم مع الحاجة، فله الطلب، وإن لم تكن حاجة فيكره له الطلب. بمجرد هذا الاستشعار ولا ينتهى إلى التحريم.

المسألة الثالثة: فى صفات القضاة:

ولا بد أن يكون حراً، ذكراً مفتياً بصيراً، إذ لا ولاية للعبد ولا للمرأة، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يجوز تولية المرأة فيما لها فيه شهادة.

وقولنا: مفتى، أردنا المجتهد الذى تقبل فتواه، ويخرج عنه الصبى والفاسق؛ إذ لا

تقبل فتواهما نعم، الفاسق مُفْتًى في حق نفسه حتى لا يجوز له تقليد غيره، ولكن لا يوثق بفتواه. ونعني بالمجتهد: المتمكن من دَرَكِ أحكام الشرع استقلالاً من غير تقليد غيره. ويستقصى تفصيل ذلك في علم الوصول^(١). أما المقلد فلا يصلح للقضاء. وأما من بلغ مبلغ الاجتهاد في مذهب إمام، لا في أصل الشرع، ففي جواز الفتوى له خلافٌ مبنى على أن من قلده، كان قد قلَّدَ إمامه الميت، أم قلده في نفسه؟ فمن جواز تقليد الميت^(٢)، وهو الصحيح، جَوَّزَ له الفتوى، ومع هذا فلا تجوز توليته مع القدرة على مجتهد مُستقل، وإذا لم يوجد غيره وجب تقديمه على الجاهل والذي لم يبلغ مبلغ الاجتهاد في المذهب.

وينبغي أن يعتبر مع هذه الخصال: الكفاءة اللاتمة بالقضاء، فمجرد العلم لا يكفي لهذه الأمور.

(١) انظر تفصيل ذلك في: المستصفى (٢/٣٥٠ وما بعدها)، والمنحول (ص ٤٦٣ وما بعدها)، وإحكام الفصول (ص ٦٣٧)، وإرشاد الفحول (ص ٢٥٠ وما بعدها)، وقد جمعت في ذلك خلاصة مذاهب العلماء في كتابنا المدخل الأصولية (للدخول الثاني) وكتابنا معايير التأويل والتأويلين (انظر الباب الأول بفصله).

(٢) قوله: «فمن جاز تقليد الميت وهو الصحيح» قول ضعيف وبعيد عن الصحة، والرأي الذي عليه جمهور أهل الأصول هو عدم جواز تقليد الميت ولولا جوازه عند القلة القليلة لكان النهي عن تقليد الميت إجماعاً. قال الرازي في المحصول: اختلفوا في غير المجتهد هل يجوز له الفتوى. مما يحكيه عن المفتين فنقول: لا يخلو إما أن يحكى عن ميت أوحى فإن حكى عن ميت لم يجر له الأخذ بقول؛ لأنه لا قول للميت لأن الإجماع لا يتخذ على خلافه حياً، ويتخذ على موته وهذا يدل على أنه لم يبق له قول بعد موته. فإن قلت لم صفت كتب الفقه مع فناء أربابها؟ قلت: لفائدتين إحداها: استفادة طرق الاجتهاد من تصرفهم في الحوادث وكيف بنى بعضها على بعض.

والثانية: معرفة المتفق عليه من المختلف فيه فلا يفتى بغير المتفق عليه. أهـ. وقال الروياني في البحر: إنه القياس وعليوا ذلك بأن الميت ليس من أهل الاجتهاد كمن تجدد فسقه بعد عدالته، فإنه لا يبقى حكم عدالته، وإما لأن قوله وصف له وبقاء الوصف بعد زوال الأصل محال، وإما لأنه لو كان حياً لوجب عليه تجديد الاجتهاد وعلى تقدير تجديده لا يتحقق بقاءه على القول الأول فتقليده بناء على وهم أو تردد والقول بذلك غير جائز. أهـ. والعجيب أن الشوكاني قال: وقد حكي الغزالي في المنحول إجماع أهل الأصول على المنع من تقليد الأموات. أهـ. وفي المصنف هنا يصح القول بجواز تقليد الأموات، وهو غير صحيح، وما قاله من إجماع في المنحول غير صحيح أيضاً لا تخراجه بالخلاف إلا أن المنع هو مذهب جمهور أهل الأصول، والله أعلم. انظر: إرشاد الفحول (ص ٢٦٧).

وفى تولية الأُمِّيِّ الذي لا يحسن الكتابة وجهان، أحدهما الجواز، إذ كان النبي ﷺ أُمِّيًّا. وأما العمى فيمنع القضاء؛ لأنه لا يميز بين الخصوم والشهود.

ثم هذه الشروط أطلقها أصحابنا، وقد تعذر في عصرنا؛ لأن مصدر الولايات خال عن هذه الصفات، وقد خلا العصر أيضًا عن المجتهد المستقل، والوجه القطع بتنفيذ قضاء من ولاه السلطان ذو الشوكة؛ كيلا تعطل مصالح الخلق، فإننا ننفذ قضاء أهل البغي للحاجة، فكيف يجوز تعطيل القضاء الآن؟ نعم، يعصى السلطان بتفويضه إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاه فلا بد من تنفيذ أحكامه؛ للضرورة.

المسألة الرابعة: في الاستخلاف:

والأوَّلَى بالإمام أن يُصَرِّح بالإذن فيه. فإن نَهَى امتنع، وإن أطلق، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يمتنع؛ لأنه لم يُفَوِّضْ إليه، وولاية القضاء عند الشافعي، رضى الله عنه، تنجزًا، حتى لو فوض إليه قضاء الرجال دون النساء، أو قضاء الأموال دون النفوس، أو استثنى شخصًا واحدًا عن ولايته: نفذ عندنا، خلافًا لأبي حنيفة، رحمه الله، فكذلك إذا لم يفوض إليه الاستخلاف. والثاني: أن المطلق ينزل على المعتاد، فيجوز له الاستخلاف. والثالث: أنه إن اتسعت خطة الولاية، بحيث لا يقدر على القيام بنفسه جاز، وإلا فلا.

وتشترط صفات القضاة في النائب إلا إذا لم يفوض إليه إلا تعيين الشهود أو التزكية، فإنه لا يشترط من العلم إلا ما يليق به. وقال الشيخ أبو محمد: نائب القاضى فى القرى إذا لم يفوض إليه إمضاء الحكم بل سماع البينة ونقلها، فلا يشترط منصب الاجتهاد، بل العلم اللائق بأحكام البينات.

فرع: ليس له أن يشترط على النائب الحكم بخلاف اجتهاده، أو بخلاف اعتقاده، حيث يجوز تولية المقلد للضرورة، بل اعتقاد المقلد فى حقه كالاقتداء فى حق المجتهد؛ فإن شرط حنفى على نائبه الشافعى الحكم بمذهب أبى حنيفة، رحمه الله، جاز له الحكم فى كل مسألة توافق فيها المذهبان. وما فيه خلاف لا يحكم فيه أصلاً لا بمذهب أبى حنيفة، رحمه الله؛ فإنه خلاف اعتقاده، ولا بمذهب الشافعى، رضى الله عنه، فإنه لم يفوض إليه.

المسألة الخامسة: إذا نصب فى بلدة قاضيين على أن لا يستقل أحدهما دون الآخر: لم يجوز؛ لأن الاختلاف يكثر فى الاجتهاد، فيؤدى إلى بقاء الخصومات ناشئة. ولو خصص كل قاضٍ بطرفٍ من أطراف البلد: جاز، كما يُعتاد فى بغداد، وإن أثبت لكل

واحد الاستقلال في جميع البلد فوجهان: أحدهما: لا؛ إذ يتنازع الخصمان في اختيار أحدهما، وكذلك في إجابة داعيها بخلاف داعي الإمام والقاضي أو خليفته، فإن داعي الأصل يُقدم، وكذلك من اختاره. والثاني: أنه يجوز، ويحكم عند النزاع بالقرعة في التقديم.

المسألة السادسة: في التحكيم.

إذا حكم رجلان رجلاً اختصما في مال، هل يُنفذ حكمه عليهما؟ فيه قولان، والنكاح مرتب على المال، وأولى بأن لا ينفذ والعقوبات مرتبة على النكاح وأولى بأن لا تنفذ، ثم اختلف في محل القولين، قيل: إنه إذا لم يكن في البلد قاضي، فإن كان لم يجر. وقيل: إن لم يكن فهو جائز، وإن كان فقولان، وقيل: بطرد القولين مطلقاً، والأصح: المنع بكل حال، وقد ذكرنا توجيه ذلك في مسألة مفردة التمسها بعض الفقهاء بالشام. التفريع: إن جوزنا ذلك، فليكن المحكم على صفة تجوز للقاضي توليته، ثم لا ينفذ إلا على من رضى. فلو تعلق بثالث، كما إذا كان في قتل الخطأ، لم يضرب الدية على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه، وفيه وجه: أن رضا القاتل كافٍ فيه؛ لأنهم تبع له، وهو بعيد؛ لأن إقرار القاتل لا يلزمهم، فكيف يلزمهم رضاه، والمذهب أنه لا يُحكم في الاستيفاء، بل ليس إليه إلا الإثبات، وفيه وجه.

ولا شك أنه ممنوع من استيفاء العقوبات؛ لأنه يخرم أبهة الولاية.

ثم للمحكم أن يرجع عن التحكيم قبل تمام الحكم، وبعده فلا ينفذ. وإن لم يجدد رضا بعد الحكم، فهل يلزم بمجرد الرضا السابق؟ ذكر العراقيون وجهين.

الفصل الثاني: في العزل وحكمه

وفيه خمس مسائل:

الأولى: في الانعزال. وينعزل بكل صفة لو قارنت التولية لامتنع، كالعمى والجنون والنسيان. أما الفسق، فالإمام الأعظم لا ينعزل بظوانه؛ إذ فيه خطر، ويجزئ ذلك فساداً^(١). أما القاضي إذا فسق وجب على الإمام عزله، وقطع الفقهاء المعتبرون بالانعزاله،

(١) قلت: هذا إذا كان الفسق في نفسه أما إن كان فاسقاً في غيره، فالصحيح الخروج عليه وعزله. والفسق هو فعل المعصية كشرب الخمر مثلاً، فإن شربها في ستر وعاقب كل من شربها من الرعية فهو فاسق في نفسه، أما إن أباحها وشربتها الرعية بواحاً صراحاً ولم يعاقب عليها فسق في غيره وإن لم يشربها، ووجوب الخروج عليه وعزله أولى من الجواز. وهذا الكلام في الإمام المسلم الذي يحكم بما أنزل الله وطراً عليه فسق كالذي ذكرناه.

وقال بعض الأصوليين: لا ينعزل إلا أن يُعزل.

فرع: لو جُنَّ القاضى ثم أفاق، فهل يعود قضاؤه؟ فيه وجهان، والأصح: أنه لا يعود كالوكالة؛ لأن القضاء أيضًا جائز؛ إذ للقاضى أن يعزل نفسه.

الثانية: فى جواز العزل. فلإمام عزل القاضى إذا رابه منه أمر، ويكفى غلبة الظن. فإن لم يظهر سببٌ فعزله عن هو أفضل: نفذ. وإن عزله عن هو دونه لم ينفذ على الأظهر. وإن عزله بمثله فوجهان، واختار الإمام نفوذ عزله بكل حال؛ إذ ربما يرى مَنْ هو دونه أصلح لهم منه، نعم عليه فيما بينه وبين الله تعالى أن لا يعزل إلا لمصلحة المسلمين، فإن خالف المصلحة عصى، ولكن ينبغى أن ينفذ عزله؛ فإن ذلك يجرُّ فسادًا فى الأقضية.

فرع: حيث ينفذ العزل، فهل يقفُّ على بلوغ الخبر إليه؟ فيه طريقتان: أحدهما: أنه على قولين كالوكيل. والثانى: القطع بأنه لا ينعزل؛ لما فيه من الضرر.

أما إذا كتب: إذا قرأت كتابى هذا، فينعزل عند القراءة، وكذلك إذا قرىء عليه بخلاف الطلاق؛ فإن ذلك يبنى على اللفظ، وهذا يبنى على المقصود، ولا يقصد الإمام الجأذ فى العزل قراءته بنفسه، وفيه وجه: أن هذا كالطلاق.

الثالثة: إذا انعزل الإمام لم ينعزل القضاة، وكذا إذا مات؛ إذ يعظم الضرر فى خلو الخِطَّة عن القضاة. ولو انعزل القاضى بعزل أو موت أو غيره انعزل كل من فوض إليه شغلًا معينًا، كمن يُصغى إلى شهادة معينة. وأما خليفته ونوابه فى القرى وقبم الأطفال، ففى انعزالهم ثلاثة أوجه: أحدها: أنهم لا ينعزلون كما لا ينعزل القاضى بموت الإمام. الثانى: ينعزلون كما ينعزل الوكيل. والثالث: أنه إن استخلف بالإذن الصريح: لم ينعزلوا، وإن استقل بالاستخلاف: انعزلوا.

الرابعة: إذا قال القاضى بعد العزل: «كنت قضيت لفلان» لم يُقبل قوله كالوكيل بعد العزل، ويُقبل بمجرد قوله قبل العزل، وإن لم تكن بينة وإن قضينا بأنه لا يحكم بمجرد علمه، وهذا متفقٌ عليه؛ لأنه أهل الإنشاء فى الحال.

ولو شهد عدلان بعد العزل على قضائه: ثبت. وإن كان هو أحد العدلين، وقال: «أشهد أنى قضيت» لم يُقبل، ولو قال: أشهد أن قاضيًا قضى، ففيه وجهان: أحدهما: تُقبل كما تُقبل شهادة المرضعة كذلك. والثانى: لا؛ لأن نسبة القضاء إليه ظاهر، فكأنه صرح به.

الخامسة: من ادّعى على قاضي معزول، أنه أخذ منه رشوة، حمّله إلى القاضي المنصوب ليفصل بينهما الخصومة بطريقها.

وإن ادّعى أنه أخذ مني المال بشهادة عيدين، أو مُعَلِّين بالفسق فكذلك. وإن ادّعى مجرد الحكم دون أخذ المال، ففى قبول الدعوى وجهان يبينان على أن القاضي إذا أقرّ على نفسه بذلك، هل يغرم؟ أم يختص الغرم بالشهود؟.

لو حاسب الصارفُ الأمناء، فادّعى واحدٌ منهم أنه أخذ منه أجره قدرها له المعزول، فلا أثر لتصديق المعزول، ولكن الزائد على أجره المثل يُسترد. وهل تُصدق يمينه في قدر أجره المثل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه مُدَّع. والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه لا يعمل بجاناً، وقد فأت منافعه، فلا بد من عوضٍ.

الباب الثاني في: جامع آداب القضاء

وفيه فصول:

الفصل الأول: في آداب متفرقة

وهي عشرة:

الأول: أن من قبل الولاية في الحضرة، فليقدم إلى البلد من يُشيع ولايته. فإن انصرف على الفور، وقدم فجأة ولم يستفيض فادّعى أنه قاضي، فلهم الامتناع من الطاعة إن لم يكن معه كتاب. وإن كان معه كتاب من غير استفاضة ولا شهادة عدلين، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجب اعتماد الكتاب مع مخايل الصدق وبعد الجرأة على التلبيس في مثل هذا على السلطان.

والثاني: أن ابتداء الأمور العظيمة لابد من الاحتياط فيها؛ فلا بد من عدلين يجبران عن التولية، وإن لم يكن على صيغة الشهادة، فإنه ليس لذلك خصمٌ معيّن حتى تقام عليه، ولا ثمَّ قاضي آخرُ تثبت عنده. وإن ظهرت مخايلُ الخيانة، فلا حرج على الناس في التوقف أصلاً.

الأدب الثاني: أنه كما قدم فينبغي أن لا يشتغل بشيء حتى يُفتش عن المحبوسين. فمن كان محبوساً ظلماً، أو في تعزيرٍ، أطلقه. ومن أقر بأنه محبوسٌ بحق رده إلى الحبس. فإن لم يعترف سأل عن خصمه فإن ذكر خصماً حاضراً، أحضره فطالبه بابتداء الخصومة، فإن أقام الحجة على أن القاضي الأول حكم عليه، رده إلى الحبس، وإلا خلاه

حتى يستأنف الخصومة. فإن قال المحبوس: حُبِسْتُ ظُلْمًا، قال بعضهم: يُخْلَى؛ فإن إمساكه من غير حجة لا وجه له. وخصمه يحتاج إلى ابتداء الخصومة لا محالة. وقال الأكثرون: لا بد أن يحضر خصمه أولاً، ويسأل. فإن لم يظهر له خصم أطلق. فإن قال: لا أدرى لم حُبِسْتُ، ينادى عليه إلى حَدِّ الإشاعة، فإن لم يظهر له خصم أطلق، وفي مدة الإشاعة لا يُحبس ولا يُخْلَى بل يُراقب. وهل يطالب بكفيل بيده؟ فيه وجهان؛ والأكثرون على أنه لا يلزمه ذلك. فإن ذكر خصمًا غائبًا، وقال: «أنا مظلوم» فمنهم من قطع بأنه يُخْلَى، ومنهم من ذكر وجهين:

أحدهما: أنه يكتب إلى خصمه حتى يجتهد في التعجيل ويحضر، فإن تخلف أطلق. والثاني: أنه يطلق؛ لأن انتظار الغائب يطول بخلاف الحاضر.

ثم ينبغي أن يبادر بعد الفراغ من المحبوسين إلى النظر في أموال الأيتام، والأوصياء، ومُحاسبتهم، فإنها وقائع لا رافع لها إليه. فإن وقعت حادثة في أثناء ذلك، ولم يتفرغ لفصلها مع شغل الأوصياء، استخلف من يقوم بأحد المهمين، والغرض مبادرة هذه الأمور.

الأدب الثالث: أن يتروى بعد ذلك في ترتيب الكُتَّاب والمزكين والمترجمين. أما الكاتب، فليكن عدلاً عاقلاً نزهًا عن الطمع. ويكفى كاتب واحد، ولا أقل من مزكيتين وستاتين صفاتهم.

وأما المترجم فلا بد أيضًا من عددهم. وأما المُسْمِع، وهو الذي يُسمع القاضي الأصم، ففي اشتراط العدد ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يشترط كالمترجم، فإنه ينقل عين اللفظ، كما أن ذلك ينقل معنى اللفظ. والثاني: لا؛ لأن المُسْمِع لو غيّر، عرفه الخصمان والحاضرون بخلاف الترجمة.

والثالث: أن العدد لا يشترط إلا أن يكون الخصمان أصمّين، فإن القسم قد يغفلون عن تغييره، والخصم هو الذي يعتنى به.

التفريع: إن لم تشترط العدد، فلا نرعى لفظ «الشهادة».

وهل تشترط الحرية؟ فيه خلاف كما في شهادة رؤية الهلال لرمضان، والصحيح أنه يُسلك به مسلك الرواية. وإن شُرِّطَ العدد، ففي لفظ «الشهادة» وجهان. وعلى الجملة: ليست هذه شهادة محققة، ولكن لا يبعد الاستظهار فيها بالعدد واللفظ.

وقد حصل أن العدد شرط في الشاهد والمزكى والمترجم والمَقُوم، ولا يشترط في

القائف للخبير، وهل يشترط في الخارص^(١)، والقاسم^(٢)، والمسمع^(٣)؟ فيه وجهان.

ثم إن شرطنا العدد في المسمع فلا بد من رجلين وإن كانت الخصومة في مال وكذا في الشهادة على الوكالة بالمال؛ لأن المشهود عليه ليس بمال في نفسه وإن كان إليه يقول.

فرع: إذا طلب المسمع أجره، فهي على صاحب الحق أم هي من بيت المال؟ على وجهين.

الأدب الرابع: أن يتخذ القاضي مجلساً رفيعاً، يكون مهبّ الرياح في الصيف، وفي الشتاء كما كسا. والمقصود أن لا يتسارع إليه الملل، فيستتضر الخصوم، ولا ينبغى أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء؛ فإن فعل ذلك فهو مكروه وليس بمحرم. وسبب الكراهة إفضاؤه إلى رفع الأصوات ودخول النساء الحيض والصبيان، وقال الشافعي، رضي الله عنه: إذا كنت أكره ذلك، فإقامة الحدود أكره. ولا بأس بفصل قضية أو قضايا في أوقات متفرقة وقد فعل ذلك رسول الله ﷺ، ولكن لم يتخذ مجلساً، وكلام المزمعي يشير إلى أن اتخاذه مجلساً لا يكره، لكن الأولى تركه، والصحيح الكراهية.

فرع: ذكر الصيدلاني وجهين في أن القاضي، هل يتخذ حاجباً وبواباً؟ والوجه أن يقال: له ذلك إن كان في خلوة. وإن جلس للحكم وخشى الزحمة، فله ذلك، وإلا فليُنظر إلى المصلحة. نعم، ينقذ التردد إن لم يخش الزحمة من حيث إن فيه توقفاً لصاحب الحق إلى الاستئذان، فيجوز أن يمنع منه، ويجوز أن يُحتمل ذلك؛ ليستعد القاضي ويترك انبساطه في البيت ويتصدى له.

الأدب الخامس: أن لا يقضى في حال غضب وحزن يَبين، وألم مبرح، وجوع غالب؛ إذ يسوء خلقه فيمتد غضبه؛ قال رسول الله ﷺ: «لا يقضى القاضي وهو غضبان»^(٤)، وفي معناه كل ما يمنع من التؤدة واستيفاء الفكر.

(١) خَرَصَ الشيء: حَزَرَهُ وقدره بالظن، فهو خارص، انظر المعجم الوسيط (٢٢٧/١).

(٢) قَاسَمَ فلاناً: حلف له. انظر: المعجم الوسيط (٧٢٤/٢).

(٣) المسمع: يقال هو مني بمأري ومسمع: بحيث أراه وأسمع كلامه. انظر: المعجم الوسيط (٤٥٠/١).

(٤) أخرجه البخاري (٧١٥٨)، ومسلم (١٧١٧)، وأبو داود (٣٥٨٩)، والترمذي (١٣٣٤)، والنسائي (٢٣٧/٨)، وابن ماجه (٢٣١٦)، والشافعي (١٧٧/٢)، وأحمد (٣٦/٥)، وأبو داود الطيالسي (٨٦٠)، والحميدي (٣٤٨/٢) رقم (٧٩٢)، وابن الجارود (٩٩٧)، وابن حبان (٥٠٤٠، ٥٠٤١، الإحسان) والطحاوي في مشكل الآثار (٢٦٠/١)، والطبراني =

الأدب السادس: أن لا يخرج حتى يجتمع علماء الفريقين، ليشاورهم فيكون أبعد من التهمة، قال تعالى: ﴿وشاورهم في الأمر﴾ [آل عمران: ١٥٩] قال الحسن البصري، رحمه الله: كان عليه الصلاة والسلام مستغنياً عن مشاورتهم، ولكن أراد أن تصير سنة للحكام^(١).

الأدب السابع: أن لا يبيع ولا يشتري بنفسه ولا بوكيل معروف؛ لأنه يستحيا منه أو يخاف؛ فيحايي، فيكون مرتشياً بقدر المساحة.

الأدب الثامن: إذا أساء واحد أدبه في مجلسه بمجاوزة حد الشرع، في الخصام أو مشافهة الشهود بالتكذيب، زجره باللسان، فإن عاد عزره وراعى التدريج فيه، فإن ظهر له شهادة زور عزز المزور على ملاء من الناس ونادى عليه حتى لا يحمل الشهادة بعده.

الأدب التاسع: أن لا يقضى لولده ولا على عدوه بعلمه، وإن قلنا: يقضى بالعلم. وهل يقضى بالبينّة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه أسير شاهدين، فليس إليه شيء بخلاف الشاهد، فإنه يقدر على الكذب.

والثاني: وهو الأصح، أنه لا يقضى؛ إذ إليه الاستقصاء في دقائق أداء الشهادة، والرد بالتهمة، وإليه التسامح فيه، فولده كنفه، فيرفع إلى الإمام. فإن رفع إلى نائبه وحكم به، ففيه وجهان يلتفتان على أنه هل ينعزل بموته؟ فإنه إن لم ينعزل يشابه قاضياً مستقلاً. ووصى اليتيم، إذا ولي القضاء، فلا يقضى له؛ لأنه خصم في حقه كما في حق نفسه وولده، وقال القفال: يقضى؛ لأن كل قاضي فهو ولي الأيتام. وهو الصحيح.

الأدب العاشر: أن لا ينقض قضاء نفسه ولا قضاء غيره بظن واجتهاد يقارب ظنه الأول؛ قضى عمر، رضي الله تعالى عنه، بإسقاط الأخ من الأب والأم في مسألة «المشركة» بعد أن شرك في العام الأول، فروجع فيه، فقال: ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضى.

وينقض في أربعة مواضع:

- في الصغير (٢٥٩/١)، واليهقى (١٠٥/١٠)، كلهم من طريق عبد الملك بن عمير عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يقضى القاضي بين اثنين وهو غضبان»، قال الترمذی: حسن صحيح.

(١) انظر: معرفة السنن والآثار للبيهقي (٢٨٨/١٤).

الأول: أن يخالف نص الكتاب، أو سنة متواترة أو إجماعاً، وهذا ظاهر.

الثاني: أن يخالف قياسه واجتهاده خبر الواحد الصحيح الصريح الذى لا يحتمل إلا تأويلاً بعيداً ينبو الفهْمُ عن قبوله؛ فينقض قضاء الحنفى فى مسألة خيار المجلس، والعرايا، وذكاة الجنين، وألحق الأصحاب به النكاح بلا ولى، والحكم بشهادة الفاسق، وبيع أمهات الأولاد وأمثاله. وقالوا: لا نبالى بتنزيل المتبايعين فى خيار المجلس على المتقاولين، وتنزيل المرأة فى النكاح بلا ولى على الأمة والصغيرة؛ فإنه جلىّ البطلان.

الثالث: أن يخالف القياس الجلىّ؛ فينقض قضاء أصحاب الظاهر المعتقدين بطلان القياس؛ لأنه باطلٌ بدليل أصولى قاطع^(١).

وينقض قضاء الحنفى إن قضى بالاستحسان المخالف للقياس الجلىّ إلا أن يعنى به اتباع الخبر أو القياس الحنفى، فمن استحسن بغير ذلك فقد شرع. نعم، قد استحسن الشافعى، رضى الله عنه، الحلف بالمصحف، ولكنه مصلحة من غير مخالفة خبرٍ وقياسٍ؛ فهو جائز.

وينقض مذهب الحنفى فى مسألة القتل بالنقل، ومعظم مسائل الحدود والغصب؛ لأنه على خلاف القانون الكلى. وقال الشافعى، رضى الله عنه: أنقض قضاء من حكم الزوجة المفقودة بأن تكيح بعد تربص أربع سنين وإن كان ذلك مذهب عمر، رضى الله تعالى عنه.

الرابع: أن يقاوم القياس الجلىّ قياساً يستند إلى واقعة شاذة لا يمكن تلفيقه إلا بتكلف كقول أبى حنيفة، رحمه الله: إن المأذون فى التجارة لا يقتصر على الإذن بل يتعدى؛ لقياس يتكلف استنباطه من مسألة «العهد» بالخيلة. وقولنا: إنه يتبع إذن المالك، قياسٌ

(١) قلت: أما كون ثبوت القياس بدليل أصولى قاطع فهو صحيح إذ استدلل المثبتون للقياس بأدلة يطول ذكرها من الكتاب والسنة والإجماع انظر: إرشاد الفحول (ص ٢٠٠ وما بعدها).

وأما قوله: «ينقض قضاء أصحاب الظاهر المعتقدين بطلان القياس»، وهذا من الإجحافات التى تناولت أهل الظاهر وقد تابع المصنف فى ذلك إمامه الجوينى، قال فى البرهان متكلفاً لدفع كون منكرى القياس ليسوا من علماء الأمة فلا تقوم الحجة بهم وخلافهم غير معتبر، قال: إن منكرى القياس ليسوا من علماء الأمة ولا من حملة الشريعة فإن معظم الشريعة التى صدرت عن الاجتهاد والنصوص لا تقي بعشر معشار الشريعة. أ.هـ. قال الشوكانى: وهذا كلام يقضى من قائله العجب فإن كون منكرى القياس ليسوا من علماء الأمة من أبطل الباطلات وأقبح التعصبات ثم دعوى أن نصوص الشريعة لا تقي بعشر معشارها، لا تصدر إلا عن من لم يعرف نصوص الشريعة حق معرفتها. أ.هـ. انظر: إرشاد الفحول (ص ٢١٠).

جلّى يعلم الأصولى سقوط خيالهم بالإضافة إليه.

وعلى الجملة فإذا لم ينقدح عنده إمكان الإصابة عند الله عز وجل بعد إحالة وقع فينقضه، وهذا مما يختلف بالمجتهدين والوقائع، وإنما لا ينقض القضاء حين يتقارب النظران تقارباً لا يبعد وهم الإصابة، أو المصير إلى أنّ كل واحدٍ مصيبٌ.

ثم القضاء، وإن لم ينقض، فلا يتغير به الحكم باطناً، وإنما ينفذ القضاء عندنا ظاهراً وإن وقع فى محل الاجتهاد. وقال القفال: يحل باطناً، وقطع الأصوليون بأنه لا يتغير أمر الباطن. وهو الصحيح، فلا يحل للشفعى شفعة الجار وإن قضى له الحنفى بها.

وهل يمنع الحنفى عن طلبه على خلاف اعتقاده؟ فيه ترددٌ. والظاهر أنه لا يمنع؛ إذ القاضى لا يلتفت إلى مذهب غيره.

فرع: لو ظهر له خطأ فى واقعة فليستبع وإن لم ترفع إليه. وإن ظهر له خطأ القاضى المعزول لا يلزمه التبع ما لم ترفع إليه.

الفصل الثانى: فى مستند قضاائه (١)

ولا يخفى استناده إلى الحجج، والغرض القضاء بالعلم والخط. أما القضاء بما ينفرد بعلمه، ففيه قولان: أحدهما: أنه يقضى به، وهو أقوى من شاهدين. والثانى: لا، لأنه يتعرض للتهمة ويوغر ولا يليق بالإبالة (٢) فتح هذا الباب، فيصير أيضاً وسيلة لقضاة السوء. وفى العقوبات قولان مرتبان، وأولى بأن لا يقضى. والصحيح أنه لا معنى لترتيب مع حصول حقيقة العلم، والعقوبات فيه كالمال.

فإن قلنا: يقضى، فلا خلاف أنه لا يقضى بظنه الذى لا يستند إلى بينة، ويقضى بعلمه كيف كان. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يقضى إلا بعلم حصل فى زمان ولايته ومكان ولايته. وإن قلنا: لا يقضى، فيستثنى عنه أربعة أمور:

الأول: أنه يتوقف عن القضاء إذا علم كذب الشهود يقيناً، بل يجب عليه التوقف عند الريبة، فكيف يقضى على خلاف معلومه؟.

الثانى: أنه يقضى به فى عدالة الشهود. ومنهم من قال: يحتاج إلى مزكين على هذا القول؛ لأنه يتهم، وكيف لا، والعدالة لا تعلم يقيناً.

(١) مستند قضاائه: وهو الإقرار والبيئة وغير ذلك من أدلة الإثبات والنفى التى تسوغ حكم القاضى الذى بنى على هذا المستند.

(٢) الإيالة: السياسة، يقال فلان علينا إيالة، وفلان إيلى علينا، أى سائس. قاله النصر بن شميل. انظر: إرشاد الفحول (ص ١٧٦).

الثالث: يقضى على من أقرَّ في مجلس القضاء وإن رجع المقر، فإنه أقوى الحجج. وأما إن أقرَّ عنده سرًّا فيخرج على القولين، ومنهم من جوز أيضًا على الإقرار سرًّا قولاً واحداً.

الرابع: أنه لو شهد شاهدٌ واحد، فهل يُغنى علمه عن الشاهد الثاني حتى يكون هو كشاهد آخر؟ فيه وجهان، والأصح أنه لا يكفى.

أما «الخط» فإذا رأى القاضى خطه بأنى قضيت بكذا، لم يجوز له إمضاؤه وكذا الشاهد بل لابد وأن يتذكر الواقعة بجميع حدودها. وقال أبو يوسف: يجوز الاعتماد على الخط كما فى اليمين، فإنه إذ رأى خط أبيه، جاز له أن يحلف على البت فى طلب الحقوق وإسقاطها إذا وثق به. وقطع أصحابنا بالفرق؛ لأن التزوير على الخط بحيث لا يختلف: ممكن، وفى فتح هذا الباب خطرٌ عام بخلاف اليمين، فإنه يباح بغالب الظن ولا تؤدى إلى ضرر عام.

فإذن، الاعتماد على ثلاث درجات: أوسعها الحلف، وأضيقتها القضاء والشهادة، فإنه لا يعتمد فيه مجرد الخط دون التذكر، وبينهما رواية الأحاديث؛ فإنه لا يعتمد فيه مجرد الخط إن أمكن التحريف، لكن إن صحت النسخة وحفظها بنفسه وأمن من التغير: جازت الرواية على الأظهر، وعليه عمل علماء الأمصار. وسوى الصيدلانى بينهما، وقال: لا يحل للمحدث إلا رواية ما حفظ وتذكر، فليرو كذلك أو ليترك الرواية. وسوى الشيخ أبو محمد على العكس من هذا، وقال: «الشاهد إذا نسخ الواقعة، وحفظ النسخة فى خزنة، ووثق بأنه لم تحرف: جاز له الشهادة وإن لم يذكر»، والمشهور بين الأصحاب الفرق بين درجة الشهادة والرواية فى صور حفظ النسخة، وما ذكره الشيخ أبو محمد أقرب مما ذكره الصيدلانى.

فروع: الأول: لو شهد شاهدان عند القاضى بأنه قضى، لم يجوز له الحكم إذا لم يتذكر ويشهدان عند غيره، فيثبت قضاؤه وإن لم يذكره ولم يكذبهما. ولكن القاضى ينبغي أن يطلب من نفسه اليقين، ولا يمكنه طلب اليقين من قاضٍ آخر. ويجوز هذا فى الرواية، فمن المشايخ من كان يقول: حدثنى فلان عني. وقال أبو يوسف: يقبل ذلك فى القضاء أيضاً.

الثانى: أنه لو ادعى خصمٌ على قاضٍ: أنك قضيت لى، فأنكر القضاء، فليس له أن يرفعه إلى قاضٍ آخر ويحلفه، بل هو كالشاهد لا يحلف إذا أنكر الشهادة. وقال القاضى حسين: «إن قلنا: إن اليمين المردودة كالإقرار، فله ذلك حتى إن نكل حلف الخصم

وكان كإقرار القاضى». وهذا ضعيف.

الثالث: إذا التمس صاحب الحق من القاضى أن يعطيه خطه بأنه قضى له ويسلم إليه محضراً ديوانياً، هل تجب الإجابة؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يجب؛ إذ به إحكام الأمر وإتمامه. والثانى: لا؛ إذ لا اعتماد على الخط، وإنما الخط مذكّر فقط.

فإن قلنا: يكتب، فالكاغد على الملتمس إن لم يطلق الإمام للقرايطس شيئاً، وذلك مستحبٌ إطلاقه. ثم اعلم أنا، وإن لم نوجب كتابة المحضر، فيستحب للقاضى استحباباً مؤكداً، مهما جرت قضية، أن يكتب محضراً يذكر فيه الواقعة وأسماء الخصمين. فإن كانا غريبين، كتب الحلية ثم يجمع محاضر كل أسبوع فى إضبارة، ومحاضر الشهر فى قمطرة^(١)، ومحاضر السنة فى خريطة^(٢)، ويكتب عليه التواريخ ويختتم القاضى على الخريطة بنفسه، ويحفظه بنفسه، أو يعدل لا يتمارى فيه، ويدفع نسخة أخرى إلى صاحب الحق حتى إن ضاعت واحدة سهل الرجوع إلى الأخرى. وهذا هو العادة؛ فإن التذكر من غير خط، بعيدٌ.

ومن جواز للأمر أن يكون قاضياً، فلا يمكنه إيجاب الكتابة وإن التمس صاحب الحق.

الفصل الثالث: فى التسوية بين الخصمين

وفيه مسائل:

الأولى: أن لا يخص أحد الخصمين بالإذن فى الدخول، ولا بجواب السلام، ولا بمزيد البشر، ولا بالقيام، ولا بالبداية بالكلام، ولا برفع المجلس، ولا بالنظر، بل إن نظر، نظر إليهما أو أطرق، وقال عليكما السلام.

ولو بادر أحدهما بالسلام صبر حتى يُسلم الثانى فيجيب معاً إلا أن يظهر التقدم، فيعذر فى الجواب. وقيل: ينبغى أن يصبر؛ قال ﷺ لعلى، رضى الله تعالى عنه: «سو بين الخصمين فى مجلسك ولحظك»^(٣)؛ فيسوى بين الشريف والوضيع فى المجلس إلا أن

(١) الإضبارة: الحزمة من الصحف، ضم بعضها إلى بعض. انظر المعجم الوسيط (١/٥٣٣).

والقمطر: ما تصان فيه الكتب. المعجم الوسيط (٢/٧٥٩).

(٢) الخريطة: وعاء من جلد أو نحوه يشد على ما فيه. المعجم الوسيط (١/٢٢٨).

(٣) الحديث ليس بهذا اللفظ، وما روى عن على رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «يا على، إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء»، أخرجه أحمد (١/١١١)، والنسائى فى تهذيب حصائص على (٢٢)، والمتقى الهندى (٣٦٣٩٨)، وابن حجر فى فتح البارى (٦٥/٨) قال الشوكانى: (٢٧٥/٨): أخرجه الطحاوى وأيضاً ابن حبان وصححه وحسنه الترمذى. أ.هـ.

يكون أحدهما ذمياً فيحوز أن يرتفع عليه المسلم على أحد الوجهين؛ لما روى أن علياً، رضى الله عنه، دخل مع خصم ذمياً له إلى شريح، فقام له شريح، فقال على، رضى الله تعالى عنه: هذا أول جورك، ثم أسند على، رضى الله عنه، ظهره إلى الجدار، وقال: أما إن خصمى لو كان مسلماً جلست بجانبه^(١)؛ فلا بأس بهذا القدر؛ لأمر الإسلام، أما التخصيص بالقيام فقد نهى عنه. ثم لا بأس أن يقول القاضى: مَنْ المدعى منكما؟ فإذا ابتدر أحدهما بدعوى صحيحة، فالظاهر أنه يقول للآخر: ماذا تقول؟ وقيل: إنه يسكت حتى يجيب الآخر إن شاء. ثم إن أقر، ثبت الحق ولم يقتصر إلى أن يقول: قضيت بخلاف ما لو قامت بينة؛ لأن ذلك يتعلق باجتهاد. وقيل: يجب أن يقضى أيضاً فى الإقرار.

وإن أنكروا، قال للمدعى: ألك بينة؟ وقيل: إنه لا يقول ذلك؛ فإنه كالتلقين لإظهار الحجة، وليس للقاضى أن يُلْقِن إقراراً، وإنكاراً، وحجة. وهو بعيد؛ لأنه سؤال لا تلقين. فإن قال: لا بينة لى حاضرة، ثم بعد ذلك أقام: قُبِلَ، وإن قال: لا بينة لى حاضرة ولا غائبة ثم أقام بعد ذلك، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تُقبل؛ لمناقضة قوله. والثانى: يُقبل قوله؛ فلعله تذكر. وإصرار المدعى عليه على السكوت كإنكاره فى جواز إقامة البينة.

الثالثة: إذا تَسَاوَقَ المدَّعُونَ إلى مجلسه، فالسبِقُ لمن سبق، فإن لم يسبق فالقرعة، ولا يقدم لفضله إلا أن المسافر يجوز تقديمه إن رأى المصلحة.

ثم من خرجت قرعته اقتصر على خصومة. فإن أنشأ دعوى أخرى على ذلك الخصم

= وذكر الشوكانى أيضاً عن أمير المؤمنين على رضى الله عنه أنه جلس بجانب شريح فى خصومة له مع يهودى، فقال: لو كان خصمى مسلماً جلست معه بين يديك، ولكنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تساورهم فى المجالس». أ.هـ. أخرجه أبو نعيم فى الحلية (٢٣٩/٤)، وابن حجر فى تلخيص الخبير (١٩٣/٤، ٣٨٨)، والتقى الهندى فى كنز العمال (١٧٧٩٥، ٤٢٠٤٠)، وابن الجوزى فى العلل المتناهية (٣٨٨/٢)، قال الشوكانى: أخرجه أبو أحمد الحاكم فى الكنى فى ترجمة أبى سمية عن الأعمش عن إبراهيم التيمى قال: «عرف على درعاً مع يهودى» فذكره مطولاً. وقال: منكر.

(١) سبق ذكر هذا الحديث وهو منكر، قال الشوكانى: وأورده ابن الجوزى فى العلل من هذا الوجه، وقال: لا يصح تفرد به أبو سمية، ورواه البيهقى من وجه آخر من طريق جابر عن الشعبي، قال: «خرج أمير المؤمنين على السوق فإذا هو بنصرانى يبيع درعاً فعرف أمير المؤمنين على عليه السلام الدرع» وذكر الحديث وفى إسناده عمرو بن سمرة عن جابر الجعفى، وهما ضعيفان، قال ابن الصلاح فى كلامه على الوسيط: لم أجد له إسناداً يثبت. أ.هـ. انظر: نيل الأوطار (٢٧٥/٨).

بعينه، فالظاهر المنع، كشخص آخر. ومنهم من جوز إلى ثلاث دعاوى. ويجوز تقديم المرأة إذا اقتضت المصلحة ذلك، ومنهم من منع ذلك فيها وفي المسافر أصلاً، وهو بعيد. وكذلك إذا ازدحموا على المفتي والمدرس، فليعمل على القرعة أو السبق إلا إذا كان ما يطلب منه من العلم غير واجبٍ تعليمه، فإنه الاختيار والإيثار.

فرع: لو سبق أحدهما إلى الدعوى، فقال الآخر: كنت المدعى، فيقال له: الآن اخرج عن موجب الدعوى؛ فإنه سبق إلى الدعوى. فإن ابتدعا معاً، أقرع بينهما.

الثالثة: ينبغى أن لا يقبل الهدية، لا من الخصمين ولا من أحدهما، بل يترك قبول الهدايا أصلاً، ولا بأس بقبولها ممن اعتاد ذلك قبل القضاء^(١) ولا خصومة له.

وإن كان لا يعتاد ذلك، ولا خصومة له في الحال: جاز القبول، والأولى: أن يثيب أو يضع في بيت المال. وأما من تكون له خصومة، فيحرم قبول هديته. وهل يملكه إن قبله؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه لا يملك؛ لأنه حرام.

والثاني: أنه يملك؛ كالصلاة في الدار المغصوبة تصح فعلها، وكذا الخلاف فيمن وهب الماء، وهو محتاج إليه لوضوئه، من غير عطشان.

الرابعة: لا يكره له حضور الولائم إذا لم يخص بالإجابة بعضهم؛ لأن في حضور الولائم أخباراً كثيرة. وهذا في المأدبة العامة، أما ما هيء لأجله، فلا يحضره؛ فإنه كالهدية.

(١) أى اعتاد أن يهاديه قبل توليه منصب القضاء. قال الشوكاني في نيل الأوطار (٢٦٩/٨): والظاهر أن الهدايا التي تهدي للقضاة ونحوهم هي نوع من الرشوة لأن المهدى إذا لم يكن معتاداً للإهداء إلى القاضي قبل ولايته لا يهدى إليه إلا لغرض وهو إما التقوى به على باطله أو التوصل لهديته له إلى حقه والكل حرام، وأقل الأحوال أن يكون طلباً لقربه من الحاكم وتعظيمه ونفوذ كلامه ولا غرض له بذلك إلا الاستطالة على خصومة أو الأمن من مطالبهم له فيحتشمه من له حق عليه ويخافه من لا يخافه قبل ذلك، وهذه الأغراض كلها تتحول إلى ما آلت إليه الرشوة. أهـ.

وفي الحديث: «من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً فما أخذ بعد ذلك فهو غلول» عن بريدة. أخرجه أبو داود (الخسراج ب ١٠)، وابن خزيمة (٢٣٦٩)، والبيهقي (٣٥٥/٦) والمتقى (١١٠٨٤).

وفي الحديث أيضاً عن أبي هريرة وابن عمر وثوبان من طرق وبألفاظ مختلفة: «لعن الراشي والمرتشى والرائش». أخرجه أبو داود (الأقضية ب ٤)، والترمذي (١٣٣٦، ١٣٣٧)، وابن ماجه (١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦)، وأحمد (١٤٦/٢، ١٩٠، ١٩٤، ٢٧٩/٥)، والبيهقي (١٣٩/١٠)، والهيتمي (١٩٨/٤).

ولا يحضر مآدبة الخصمين أصلاً؛ فإنه ربما يتودد أحدهما بزيادة تكلف.

الفصل الرابع: في الزكية

وفيه مسائل:

الأولى: أن الاستزكاء عندنا حق الله تعالى. فإن سكت الخصم، وجب على القاضى إلا إذا علم عدلتهما؛ فإن الظاهر أنه يعول على العلم هاهنا، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إن سكت الخصم: قضى.

ولو أقر الخصم بعد التهما، ولكن قال: قد زلأ فى هذه الواقعة، ففى وجوب الاستزكاء وجهان، والظاهر أنه يقضى؛ مواخذة له بقوله، وهو مذهب أبى حنيفة، رحمه الله.

الثانية: فى كيفية الاستزكاء. وهو أن يكتب القاضى إلى الزكى اسم الشاهدين والخصمين وقدر المال؛ فلعله يعرف بينهما عداوة، وربما يعدله فى مقدار يسير من المال دون كثير. ومن الأصحاب من قال: العدل فى اليسير عدلٌ فى الكثير فذكر قدر المال لا يجب، وهو الأشهر.

وليكتب إلى الزكى سرّاً حتى لا يتوسل الشاهد إلى الاستمالة والتعرف إلى الزكى بحسن الحال. ثم يستحب أن يشافه القاضى الزكى ظاهراً فى آخر الأمر. ويستحب أن يكون له جماعة من الزكين أخفاء لا يعرفون.

الثالثة: صفات الزكين كصفات الشهود، ويزيد أمران: أحدهما: العلم بالجرح والتعديل. والآخر: خبرته ببواطن الشهود؛ فلا يجوز التعديل بناء على الظاهر. ولا بد من الذكورة. ولا بد من العدد إلا إذا كان منصوباً للحكم بالجرح والتعديل وسماع البينة، فللقاضى أن يعتمد قوله وحده إذا قامت البينة عنده. ويجب على الزكى أن يقول: أشهد بأنه عدل، إن قلنا: تجب المشافهة. وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول، ففى اشتراط كتبه لفظ: «الشهادة» خلافٌ كما فى المترجم.

فرع: تزكيتة لولده أو والده، فيه خلافٌ كما فى القضاء، والأظهر أنه كالشهادة.

الرابعة: فى مستند الزكى، وينبغى أن لا يجرح إلا بمعينة سبب الفسق أو يقرى وعلم؛ لأن ذلك يمكن معرفته. أما العدالة فلا يمكن معرفتها يقيناً؛ لأنه يرجع إلى أنه ليس بفاسق، وهو نفى، والإنسان يخفى عيوبه جهده، وإنما يعدل إذا خبر باطنه بالصحبة معه، أو شهد عنده عدلان بعدالته إن كان منصوباً للحكم بالتعديل. والأصل فيه ما

روى أن عمر، رضى الله عنه، قال لمن عرف شاهداً بالصلاح: هل كنت جاراً له فتعرف إصابحه وإمساءه؟ فقال: لا، فقال: هل عاملته على الدينار والدرهم، فبهما تعرف الأمانات؟ فقال: لا، فقال: هل صحبته فى السفر، فيه تعرف أخلاق الرجال؟ فقال: لا، فقال: ما أراك إلا رأيتك فى المسجد يهمهم فى صلاته، يرفع رأسه ويخفضه، هات من يعرفك، فإنه لا يعرفك. ولهذا يجب على القاضى أن يعرف أن المزكى، هل خبر باطن الشاهد أم لا فى كل مرة، إلا إذا علم من عادته أنه لا يزكى إلا بعد الخبرة.

الخامسة: كيفية التعديل أن يقول: هو عدلٌ علىّ ولىّ، أو عدلٌ مقبول الشهادة، فإن العدل قد لا تقبل شهادته؛ لكونه مُغفلاً.

ولا يجب ذكرُ سبب العدالة؛ فإنه لا ينحصر. ويجب ذكر سبب الجرح، من شرب، وزنا، وأكل حرام وغيره، وهذا وإن كان غيبةً، فهو جائز لهذه الحاجة. وإنما يجب الذكر؛ لأن للناس مذاهب فى أسباب الجرح، فمنهم من يُفسق بأدنى خيال. ولا ينبغي أن يكون المزكى من المتعصبين فى المذهب والأهواء.

السادسة: لا تكفى الرقعة إلى القاضى بالتعديل؛ فإن الخط لا يعتمد. والأظهر أنه يجب المشافهة. وقال الإصطخرى: يكفى رسولان عدلان؛ إذ تكليفه الحضور شهرةً، والمستحب إخفاء المزكى. ومن شرط المشافهة أوجب لفظ: «الشهادة»، ومن اكتفى بالرسول تردّدوا فيه.

السابعة: إذا زكى المزكون، لكن ارتاب القاضى أو توهم غلطاً فى خصوص الواقعة، فليفرق الشهود وليراجع أنه كيف رأى؟ وأى وقت رأى؟ فربما عثر على تفاوت بين كلاميهما فيكشف به وجه الغلط والتهمة.

فإذا كان الشاهد فقيهاً، فله الإصرار على كلمة واحدة، ولا يلزمه التفصيل، فلا يفصل ولا يزيد على الإعادة. وليس للقاضى إجباره، ولكن ليبحث عن جهات أخر.

فإن أصر الشاهد، وبحث، ولم تزل الريبة، وجب القضاء؛ فإنه غاية الإمكان، ولو قضى قبل البحث مع بقاء الريبة، لم يجز له ذلك؛ لأن البحث حق الله تعالى.

فروع: الأول: لو عدل رجلان، وجرح رجلان، فالجرح أولى؛ لأنه مستند إلى عيان. ولو جرح رجل واحد وعدل رجلان، لم يقبل الجرح.

الثانى: يتوقف القاضى إذا توقف المزكون، ولا يجوز للمزكى الجرح بالتسامع فى الفسق، بل التوقف، إلا إذا عاين أو سمع، أو شهد عدلان عنده على مشاهدة الفسق

وكان حاكماً فى التعديل. فإن عدل المزكون، فللقاضى، إذا نقر بتسامح الفسق، أن يتوقف؛ لأنه محل الرية.

الثالث: إذا شهد المعدل مرةً أخرى، روجع المزكى إن طال الزمان؛ إذ الأحوال تتغير. وإن قرب الزمان فلا. ولو رجع المزكى ففى غرامته للمال وجهان، والله أعلم.

الباب الثالث

فى القضاء على الغائب وكتاب القاضى إلى القاضى

والقضاء على الغائب يجوز، خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله. والنظر فيه يتعلق بستة أركان:

الركن الأول: الدعوى. فيشترط فيها ثلاثة أمور:

الأول: الإعلام. فإذا ادعى ديناً، فليذكر قدره وجنسه. وهذا لا يختص بالغائب فلا يكفيه أن يدعى عشرة دنانير أو دراهم ما لم يذكر أى نوع هى، ولا ينزل مطلق الدراهم والدنانير على الغالب كما لا ينزل فى الإقرار على الغالب بخلاف العقود؛ إذ العادة تؤثر فى المعاملات. ثم يعرض القاضى عنه أو يستفصله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُعرض؛ حتى لا يكون كالتلقين، وكذلك إذا أدّى الشاهد شهادةً مجهولة: فلا يرشده القاضى بل يسكت، وكذلك لو شبب المدعى بما لو ذكره كان إقراراً، لم يزرجه القاضى. والثانى: أنه يستفصل، وهو الأصح؛ لأن هذا سؤال لا تلقين.

الثانى: صريح الدعوى. فلا يكفيه أن يقول: لى على فلان كذا، ما لم يقل: إنى الآن مطالب به. فلو قال: لى عليه كذا ويلزمه التسليم إلى، فهذا فيه تردد؛ لأنه لم يذكر الطلب، والدين لازم قبل الطلب، فلعله ليس بطلب.

الثالث: أن يكون معه بينة، ويدعى جحود الغائب؛ إذ لا معنى للدعوى على الغائب من غير بينة، ولا تسمع البينة من غير جحود. ومنهم من قال: لا يشترط ذكر الجحود؛ لأنه من أين يعلم جحوده فى الغيبة وكيف يُعول على مجرد قوله؟ بل تجعل الغيبة كالسكوت، والبينة تسمع على الساكت. فلو قال: هو يعترف، وإنما أقيم البينة استظهاراً، لم تسمع. ولا خلاف أنه لو اشترى شيئاً، فخرج مستحقاً، والبائع غائب، سُمعت بينته وإن لم يذكر الجحود؛ لأن تقدم البيع منه كالجحود.

الركن الثانى: الشهود. ولا بد أن يستقصى القاضى البحث، ولا يختلف ذلك عندنا بالحضور والغيبة، فإن البحث حق الله تعالى.

الركن الثالث: المدعى. وحكمه لا يختلف إلا في دعوى الجحود وإحضار البيئة. وأمر ثالث: وهو أن القاضى يحلفه أنه ما أبرأ عنه، ولا عن شىء منه، ولا اعتراض عنه، ولا عن شىء منه، ولا استوفاه ولا شيئاً منه وأنه يلزمه التسليم إليه، وأن الشهود صدقوا. ثم هذه اليمين واجبة إن كانت الدعوى على صبي، أو مجنون، أو ميت. فإن كان على حى عاقل بالغ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجب، بل يحكم، ثم لا ينحسم باب دعوى الإبراء والتوفية كما على الحاضر.

والثانى: أنه يجب؛ إذ الحاضر يبادر الدعوى، والتسليم، من غير استقصاء منه، محال. ثم على هذا، لا يجب التعرض لصدق الشهود، وإنما يجب فيمن يحلف مع شاهد واحد. وأما إذا كملت البيئة فلا. هذا إذا ادعى بنفسه، فإن ادعى وكيله، وهو غائب، فلا بد من تسليم الحق، بل لو حضر المدعى عليه بإزاء وكيل المدعى، فأقيمت البيئة عليه، فقال: إن موكلك قد أبرأنى، فأريد يمينه: توقف فى هذه المسألة فقهاء الفريقين. عمرو فى واقعة. فاستدرك القفال، وقال: يسلم الحق؛ إذ لو فتح هذا الباب تعذر طلب الحقوق الغائبة بالوكلاء.

الركن الرابع: فى إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر. وذلك بالكتابة، أو الإشهاد، أو المشافهة.

أما مجرد الكتابة فلا يعتمد؛ إذ لا تعويل على الخط، ومجرد الإشهاد بعدلين دون الكتاب كافٍ. وإن كتب فهو تذكرة للشاهدين ولا يعتمد حتى لو ضاع لم يضر. ولو شهدا بخلاف ما فى الكتاب، سُمع؛ لأن الاعتماد على العلم. ويحصل علمهما بأن يجرى القاضى القضاء بين يديهما ويشهدهما عليه. ولا يكتفى أن يسلم إليهما الكتاب، ويقول: أشهدكما أن هذا خطى. فإن قال: أشهدكما أن مضمون الكتاب قضائى، قال الإصطخرى: يكتفى بذلك؛ لأن هذا إقرار بمجهول يمكن معرفته. وقال الأصحاب: لا يكتفى حتى يذكر تفصيل قضائه للشاهدين. ويقرب من هذا ما لو سلم المقر القبالة إلى الشاهد، وقال: أشهدك على ما فيه وأنا عالم به. ولعل الأصح أن هذا يكتفى؛ لأنه مقرر على نفسه بما لا يتعلق بحق غيره، والإقرار بالمجهول صحيح. وأما القاضى فمقرر على نفسه لكن بما يرجع ضرره على غيره؛ فالاحتياط فيه أهم.

ثم الأولى أن يكتب الكتاب مع الشهود للتذكرة، ويختتمه ويسلم إليهما نسخة غير

مختومة للمطالعة، ويكتب في الكتاب اسم الخصمين واسم أبيهما وجاههما وحليتهما ومسكنهما إلى حيث يحصل التمييز فهو المقصود. ويذكر قدر المال، وتاريخ الدعوى ويقول: قامت عندي بذلك بينة عادلة، وحلفته مع البينة، والتمس مني القضاء والكتابة إليك لتستوفى، فأجبت به إلى ذلك، وأشهدت عليه فلاناً وفلاناً.

ولا فائدة في ذكر عدالة شاهدي الكتاب، فإنه لا تثبت عدالتهما بشهادتهما ولا بمجرد الكتاب، وهما يشهدان على الكتاب، بل ينبغي أن تظهر عدالتهما للقاضي المكتوب إليه بطريق آخر. فإن قيل: إذا لم يبق إلا استيفاء الحق، فلم لا يكتب والياً غير القاضي حتى يستوفى؟ قلنا: لأن الكتاب لا يثبت عند الوالي إلا بشهادة الشهود، ومنصب سماع الشهادة يختص بالقضاة. فإن شافه الوالي: جاز له الاستيفاء في بلدة هي من ولاية القاضي. فإن كانت خارجة عن ولايته، ففي وجوب استيفائه نظراً؛ لأنه لا ولاية له على تلك البقعة. ولكن الصحيح وجوبه؛ لأن سماع الوالي بالمشافهة كسماع قاضي آخر شهادة الشهود.

أما «المشافهة» فهي أقوى، لكن بشرط أن يكون كل واحد منهما في محل ولايته، بأن يكونا قاضي بلدة واحدة على العموم، أو شقي بلدة فيناديا في الطرفين. وإنما يكفي ذلك إذا قال: قضيت فاستوف.

أما إذا قال: سمعت البينة فاحكم، فلا فائدة له في خبرة البينة؛ لأن قوله فرغ عن الشهود، وإنما يفيد عند العجز عنهم بالموت أو الغيبة، هذا هو الأظهر، وفيه وجه سيأتي.

أما إذا اجتمعا في أحد الشقين، فقال له صاحب الولاية: إذا رجعت إلى شقك فاستوف، فإني قد قضيت، فإذا رجع جاز له الاستيفاء إن جوزنا القضاء بالعلم؛ لأنه علم حصل في غير محل ولايته. وإن لم يجوز، فقد أطلق بعض الأصحاب جوازه. وقال الإمام: لا يجوز، بل هو كسماعه الشهادة في غير محل ولايته؛ لأنه سمع حيث لم يكن أهلاً للسمع، فهو كما لو قال له: سمعت البينة ولم يبق إلا القضاء، فإنه لا خلاف أنه لا يقضى إذا رجع إلى شقه؛ إذ قول القاضي فرغ لشهادة الشهود، فسماعه لا يزيد على سماع الشهادة. وهذا يلزمه أن يقول: الوالي الذي ليس بقاضي لا يستوفى؛ لأن كونه قاضياً لا يخرج عنه كونه والياً، لكن يمكن أن يجاب بأن الوالي لا يقضى إلا بعلمه، ومستند علمه قوله: قضيت، فكذلك يجوز أيضاً للقاضي إذا قلنا: إنه يقضى بعلمه.

أما إذا قال في غير محل ولايته لقاضي آخر: قضيت في ولايتي فاحكم أو استوف،

فلا خلاف أنه لا يسمع؛ إذ لا حجة في قوله إلا في محل ولايته.

فروع: الأول: إذا كتب إلى قاضي، فمات الكاتب، أو المكاتب إليه: جواز لكل من شهد عنده الشهود من القضاة الحكم به؛ لأن الحجة في حكمه لا في كتابه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجوز ذلك إلا إذا كتب: إلى فلان، وإلى كل من يصل إليه من القضاة. وكأنه يجعل ذلك تفويضاً.

الثاني: إذا قضى القاضي، واقتصر على قوله: حكمتُ على أحمد بن محمد فاعترف رجل في تلك البلدة بأنه أحمد بن محمد، وأنه المعنى بالكتاب، وأنكر الحق: فلا يلزمه شيء؛ لأن الحكم في نفسه باطل؛ لأنه على متهم غير معين، لا بالإشارة ولا بوصف مستقصى كامل، فلا يتم الحكمُ باعترافه بأنه المعنى إلا أن يقر بالحق فيؤخذ الحق بإقراره. أما إذا استقصى، فذكر اسم أبيه، وجده وحليته، ومسكنه ومحلته، وأتى بالممكن، فإمكان اشتراكه في جملة هذه الصفات على الدور لا ينقذ. فإن قال المأخوذ: لستُ مُسمًى بهذا الاسم، فعلى الخصم، أن يقيم بينة على الاسم والنسب، فإن عجز حلفه، فإن حلف انصرف عنه القضاء، وإن نكّل توجه الحق باليمين المردودة.

فلو أخذ على أن الحق لا يلزمه، وليس يخلف على نفى الاسم، فلا يسمع، بخلاف من ادعى عليه قرضٌ فلم ينكر، ولكن قال: «لا يلزمني تسليم شيء» يُقبل؛ لأنه ربما أخذ ورد. ولو اعترف لطولب بالبينة؛ لأن مجرد الدعوى ليس بحجة عليه، وهاهنا قد قامت البينة على الاسم وتوجه الحق إن ثبت الاسم. وقال الصيدلاني: يُقبل ذلك منه كتلك المسألة وهو ضعيف؛ والفرق أظهر.

وأما إذا قال: أنا موصوفٌ بهذه الصفات ولكن في البلد من يُساويني، فإذا أظهر ذلك، ولو ميتاً، انصرف القضاء عنه. وهذا كله إذا قضى القاضي بالبينة ولم يسق له إلا الاستيفاء. أما إذا سمع البينة وكتب إلى قاضي آخر بسماع البينة، فهذا جائز بالاتفاق. وساعد عليه أبو حنيفة، رحمه الله، وفيه إشكال؛ لأنه إن كان تحملاً كالشهادة على الشهادة، فلا يكفي بواحد، وإن كان قضاء بقيام البينة وسماعها حتى ينزل سماعه منزلة سماع القاضي الثاني، فلم يجب ذكر الشهود في الكتاب وصفتهم، ولا يجب ذكر شهود الواقعة إذا تم القاضي. وكان هذا قضاء مشوب بالنقل، والأغلب عليه أنه قضاء بأداء الشهادة حتى يقوم سماعه مقام سماع الآخر، ولكن وجب ذكر الشهود؛ لأن الآخر إنما يقضى بقولهم، والمذاهب في الحجج مختلفة، فربما لا يرى القاضي القضاء بقولهم.

ثم لا خلاف أنه لو سمع ولم يُعَدَّلْ، وفوض التعديل إلى الآخر: جاز، وإن كان الأولى أن يُعَدَّلْ؛ لأن أهل بلدهم أعرف بهم. ولو عدل القاضى، وأشهد على التعديل شهود الكتاب: جاز ذلك. ثم إن ادعى الخصم جرحاً، فليظهر شاهدين عدلين، فيقدم بينة الجرح على التعديل الذى فى الكتاب. فإن استمهل، أمهل ثلاثة أيام. فإن قال: لا أتمكن منه إلا فى بلد الشهود، لم يُمهل؛ لأن ذلك يطول ويصير ذلك ذريعة، لكن يُسلم المال، ثم إن أثبت الجرح استردَّ، قولاً واحداً ولم يُخرَجْ على ما لو كان الخصم حاضراً وأظهر الجرح بعد الحكم، فإن فى نقض القضاء به قولين؛ لأن الحاضر مقصر وهو معذور.

الثالث: لو كان للبلد قاضيان وحوزناه، فقال أحدهما للآخر: سمعت البينة، فاقض، فله ذلك إن قلنا: الغالب عليه القضاء، وكأنهما تعاوننا على حكم واحد. وإن قلنا: الغالب النقل، لم يجوز ذلك مع حضور الشهود؛ فإن القاضى كالفرع للشهود.

الركن الخامس: فى المحكوم به:

وذلك إن كان ديناً أو عقاراً يمكن تحديده، فهو سهل. وإن كان عيناً فلا يخلو، إما أن يمكن تعريفه بالصفة كالفرس والجارية والعبد، أو يكثر أمثالها كالأمتعة والكرباس مثلاً. أما العبد وأمثاله، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا ترتبط الدعوى والقضاء بعينه، بل بقيمته كالكرباس؛ لأن المحكوم عليه عُرف بالنسب، وتعريف العبد والفرس غير ممكن. والثانى: أنه يجوز أن يقضى على عينه كالمحكوم عليه إذا كان خاملاً. والثالث: أنه يسمع البينة على عينه، ولا يقضى؛ لأن إبرام الحكم مع هذه الجهالة صعب.

التفريع: إن قلنا: إنه يتعلق بعينه، فالمدعى عليه إذا عين عليه فى تلك البلدة عبداً، فيصرف القضاء عنه بأن يظهر فى البلد عبداً آخر بتلك الصفة، إما من ملكه أو ملك غيره. فإن أظهر من ملكه، لم يلزمه تسليم أحدهما، بل صار القضاء باطلاً؛ لكونه مبهماً، وإن لم يبين، لزمه تسليم العبد الموصوف.

وإن قلنا: إنه يسمع البينة فقط، فقائدة المدعى أن يطالب بتسليم العبد إليه حتى يعينه الشهود فى بلده. ثم فى الاحتياط للملكه قولان: أحدهما: أنه يلزم المدعى كفيلاً بالبدن.

والثانى: أن الكفالة بالبدن ضعيف؛ فلا يلزمه، بل يلزمه أن يشتري، ويتكفل بالمال ضامن حتى إن تلف: تلف من ضمانه، وإن ثبت ملكه فيه بان بطلان الشراء. ويحتمل

هذا الوقف للحاجة، وذكر القوراني «أنه يلزمه تسليم القيمة إليه للحيلولة في الحال من غير بينة، فإن ثبت ملكه استردَّ القيمة». وهذا لا بأس به؛ إذ كفالة البدن ضعيفة الفائدة، والبيع ربما لا يرضى به صاحب اليد.

هذا في العبد أما في الجارية، فتسلم إلى أمين؛ لأن حفظ الفروج واجب، ومن يدعى الملك لا يمتنع من المباشرة. وإن قلنا: إنه كالكرباس فلا ترتبط الدعوى بعينه، بل ترتبط بالقيمة، فيذكر كريباساً أو عبداً، قيمته عشرة مثلاً، ولا بأس بذكر صفات العين، ولا يجب، كما أنه لا بأس بذكر قيمة العقار وقيمة العبد على قولنا: تتعلق بعينه، ولكن لا يجب على الظاهر.

أما إذا كان المحكوم عليه حاضراً، والعبد والكرباس حاضرين، ولكن لم يحضره مجلس الحكم فهائنا يفترق الكريباس والعبد؛ إذ المنكر لا يلزمه إحضار الكريباس؛ لأنه يتمثل وإن أحضر. وأما العبد، فيحكم القاضي به، وإن كان غائباً، إذا عرفه القاضي بعينه. وإن لم يعرفه، فلا بد من إحضاره للتعين، ويجب ذلك على المدعى عليه إن اعترف بأن في يده عبداً هذا صفته. وإن لم يعترف حلف على أنه ليس في يده مثل هذا العبد. فإن نكل، فحلف المدعى، أو أقام بينة على أن في يده مثله، حبس المدعى عليه حتى يحضر، ويتأبد عليه الحبس، ولا يتخلص إلا بالإحضار أو بدعوى التلف، فعند ذلك يقبل قوله للضرورة، ويقنع بالقيمة. ثم إن حضر، فعلى الشهود على الوصف إعادة الشهادة على العين.

فإن علم المدعى، حيث لا بينة له، أن المدعى عليه لا يبالى بالحلف على أنه ليس في يده، فطريق الجزم له أن يصرف الدعوى إلى القيمة، ويثبت المالية بالشهادة على الوصف مهما لم يطلب العين. فلو قال: أدعى عبداً صفته كذا، وقيمه كذا، فإما أن يردَّ العين أو القيمة، فهذه دعوى غير مجزومة، ففي سماعها وجهان، ولكن اتفق القضاة على سماعها للحاجة اصطلاحاً.

فروع: إذا حضر العبد الغائب، ولم يثبت ملك المدعى، فعلى المدعى مؤونة الإحضار ومؤونة الردَّ إلى مكانه. هذا ما ذكره الأصحاب ولم يتعرضوا لأجرة منفعة التي تعطلت، ولا لمنفعة المحكوم عليه إذا تعطل بالحضور، وكأن ذلك احتملوه لمصلحة الإيالة، وجعل ذلك واجباً لإجابة القاضي، فلم يلزمه بدلاً، أما مؤونة إحضار العبد فلم تحتمل.

الركن السادس: المحكوم عليه:

وشرطه أن يكون غائباً، فإن كان في البلد، ففي جواز سماع البينة قبل استحضاره، وجهان: أحدهما: تُسمع؛ إذ إنكاره غير مشروط، وإنما الشرط عدم إقراره، وهو معدوم في الحال. والثاني: أنه لا يجوز؛ لأن إقراره متوقع على قرب، وسلوك أقرب الطرق واجب في القضاء.

فإن قلنا: تُسمع، فالمذهب أنه لا يقضى إلا في حضوره؛ فلعله يجد مطعناً ودفعاً بخلاف الغائب؛ فإن انتظاره يطول. وفيه وجه بعيد: أنه يقضى كالغائب.

أما إذا حضر، ففي جواز سماع البينة من دون مراجعة الخصم وجهان مرتبان وأوّلَى بالمنع. ووجه الجواز أنه قادر على الدفع والكلام، فليتكلم إن أراد.

أما إذا توارى وتعدّر، فالمذهب: أنه يقضى عليه كالغائب. وذكر القاضي وجهها أن المنع لا يجعل كالعجز كما أن منع المهر والتمن لا يلحق بالإفلاس على وجه.

واختتام الباب بتبهيّات:

الأول: أن في قبول كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة في الحدود، قولين، وفي القصاص قولان مرتبان وأوّلَى بالقبول.

الثاني: أن حد الغيبة ما فوق مسافة العدوى، وهو أن يَعُدَّوْ من بيته فلا يرجع إليه مساءً. فإن أمكن ذلك فهو كالحاضر، فيجب عليه إجابة القاضي إذا دعاه. وإن دعاه صاحب الحق لم يجب الحضور، بل الواجب هو الحق إن كان صادقاً، وإلا فلا شيء عليه، وإنما يجب الحضور طاعة للقاضي لأجل المصلحة.

الثالث: أنه إن لم يكن على مسافة العدوى حاكماً، فيجوز للقاضي إحضاره، ولكن بعد إقامة البينة؛ إذ تكليفه ذلك من غير حجة إضرار؛ ولهذا يجب على القاضي أن لا يَحْلِيَ مثل هذه المسافة من حاكم.

الرابع: إذا كان للغائب مال في البلد، وجب على القاضي التوفية، وهل يطالب المدعى بكفيل، فربما تَوَقَّع استدراك؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ إذ كلُّ حكم يُمكن فيه الاستدراك، وقد تم الحكم في الحال. والثاني: نعم؛ لأنَّ الخصم غائب والاستدراك غالب.

الخامس: إذا عَزَلَ القاضي بعد سماع البينة، ثم ولى: يلزمه استعادة البينة؛ إذ بَطَلَ بالعزل سماعه السابق. وإن خرج عن محل ولايته، ثم رجع، ففي الاستعادة وجهان.

السادس: المخدرة لا تحضر مجلس القاضي؛ لأن ضرر إبطال الخدر أعظم من ضرر المرض، بل يحضر القاضي أو مأذون من جهته، فكل من لا تخرج أصلاً إلا لضرورة مرهقة، فهي مخدرة أما من لا تخرج إلى العزايا والزيارات إلا نادراً، قال القاضي: هي أيضاً مخدرة، وقيل: بل هي التي لا تخرج إلا لضرورة. وقيل: بل هي التي لا تصير مُبتدلة بكثرة الخروج وإن كانت تخرج على الجملة. وقال القفال: يجب إحضار المخدرة؛ لأن الحضور بهذا العذر لا يبطل التخلُّد. وخالفه جميع الأصحاب فيه.

السابع: للقاضي أن يتصرف في مال حاضر ليتيم خارج عن محل ولايته إذا أشرف على الهلاك كما يتصرف في مال كل غائب. ولكن هل له نصب قيم للتصرف فيه؟ تردد القاضي فيه، ولم يثبت جواباً، فإنه نصب على اليتيم وفي المال أيضاً.

فإذا كان اليتيم في ولايته، وماله في ولاية أخرى ربما أدى إلى أن ينصب كل واحد من القاضيين قيماً. ولعل الأولى أن يُلاحظ مكان اليتيم لا مكان المال.

وأما إذا زوج امرأة خارجة عن محل ولايته، من غائب خارج عن محل ولايته برضاها فهذا ينبغي أن لا يصح. ولا يكفي حضور الزوج؛ إذ لا تعلق للولاية به بل حضور المرأة معتبر، لأنه ولي عليها بخلاف المال. وليس ذلك كما لو حكم في محل ولايته على غائب خارج عن محل ولايته؛ إذ المدعى حاضر، والولاية متعلقة به.

الباب الرابع: في القسمة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في القسّام وأجرته

ولا ينبغي أن يُخلَى الحاكم النواحي عن القسّام؛ لمسيس الحاجة إليه، وليكن لهم رزق من بيت المال، وكذا القاضي والمزكى. أما الشاهد فلا يُعطى؛ كيلا يُتهم، مع أن الشهود لا ينحصرون.

وإن لم يكن لهم رزق، فلا ينبغي أن يعيّن الحاكم واحداً؛ فيحسم على الناس استئجار غيره. وفي اشتراط العدد في القسّام قولان، مأخذهما: أن منصبه، منصب الحاكم أو الشاهد؟.

وإن نصب حاكماً للتقويم أو للتركية أو للقسمة فيثبت عندهم بشاهدين. ثم القاضي يُعَوَّل على قولهم على الانفراد، ولا يجوز أن ينصب حاكماً ليحكم بالتقويم باجتهاده أو ليزكى بنظر نفسه وإن فرعنا على أن القاضي يقضى بعلمه، نعم للقاضي أن

يعتمد على ما يعرفه من عدالة الشاهد على رأى. وهل له أن يكتفى ببصيرة نفسه فى التقويم؟ منهم من قطع بالمنع؛ لأنه تخمين. ومنهم من خرج على القولين.

ثم أجرة القسام عند تفاوت الحصص تقسم على العروس، أو على عدد قدر الحصص؟ فيه قولان كما فى الشفعة. ومنهم من قطع بأنه على قدر الحصص؛ لأن العمل فى الكثير بالمساحة أكثر لا بحالة.

هذا إذا أطلق الشركاء العقد، فأما إذا انفرد كل واحد بذكر نصيبه، أتبع ذلك. ولكن ليس لواحد أن ينفرد بالاستتجار دون إذن الشريك؛ لأن تردده فى الملك المشترك؛ ممنوع دون الإذن، فيكون العمل ممنوعاً، والإجارة فاسدة، بل يعقد كل واحد بإذن الآخرين، أو الوكيل بإذن جميعهم.

فرع: إذا كان أحد الشريكين طفلاً، وطلب القيم القسمة، حيث لا غبطة، رد القاضى عليه. وإن كان فى غبطة، فعليه حصة من الأجرة.

وإن طلب الشريك، حيث لا غبطة، ففى لزوم أجرة لنصيب الطفل وجهان، والظاهر أنه يجب إذا لزم الإجابة كما فى البالغ، والأجرة تتبع لزوم القسمة.

الفصل الثانى: فى كيفية القسمة

فإن جرت فى ذوات الأمثال، جازت التسوية بالوزن والكيل، وكذا فى الربويات إن قلنا: إنها إفراز حق. وإن قلنا: إنها بيع، فلا يجوز فى المكيل إلا الكيل. فإن كانت فى عرصه متساوية الأجزاء، فالتسوية بالمساحة، وتقسم الحصص وتكون الأجزاء على حسب أقل الحصص.

بيانه: عرصه، لواحد نصفها، ولواحد ثلثها، ولواحد سدسها، فتجعل الأرض ستة أجزاء متساوية بالمساحة. وإن افتقر إلى التعديل بالقيمة عدل كذلك، ثم يكتب أسماء الملاك على ثلاثة رقايع؛ لأنهم ثلاثة، ويدرجها فى بنادق من شمع أو طين متساوية، وتسلم إلى من لم يشهد ذلك حتى يخرج واحداً ويقف القسام على الطرف، فإن خرج اسم صاحب النصف أعطاه الجزء الأول والثانى والثالث على الاتصال حتى لا يتفرق نصيبه ثم يخرج الآخر، فإن خرج اسم صاحب الثلث أعطاه الرابع والخامس، ويتعين السادس لصاحب السدس.

وإن خرج اسم صاحب السدس أعطاه الرابع، وتعين الباقي لصاحب الثلث. وتعين ما منه ابتداء التسليم إلى تحكم القسام، فيقف على أى طرف شاء.

وقد نص الشافعي، رضى الله عنه، فيمن أعتق عبيداً، لا يملك غيرهم، أنه يكتب على الرقعة: الحرية والرق لا اسم العبيد والورثة. وهاهنا لم يكتب الثلث والسدس والنصف. فمنهم من قال: قولان بالنقل والتخريج، ومنهم من فرق بأن مستحق الحرية هو الله تعالى دون العبيد فيكتب الحرية؛ ليندفع عنها الورثة وبقية العبيد.

وعلى الجملة، هذا في الاستحباب؛ إذ يجوز كتابة الأجزاء هاهنا، وكتابة الأسماء ثم، والغرض يحصل، فإن قلنا: يكتب أسماء الملاك، فقال العراقيون: يكتب باسم صاحب النصف ثلاث رقا، وباسم صاحب الثلث اثنين؛ لأن صاحب الكثير أولى باستحقاق الطرف، وفي تكثير اسمه ما يوجب التقديم؛ إذ الغالب أنه يسبق واحد من ثلاثة. والصحيح: أنه لا حق له إلا في الكثرة، فيكفي ثلاث رقا.

فرعان: الأول: إذا استحق المتاع الواقع في حصة أحدهما، أو بعضه، انتقضت القسمة. فإن استحق عيناً من يد واحد، واستحق مثلها في القسمة من يد الآخر، لم تبطل القسمة. وفيه وجه: أنه تستأنف القسمة. ويلتفت على تفريق الصفقة. وإن كان المال أرضاً، قسم بينهما، واستحق ثلث الكل، فقد بطلت القسمة في ذلك القدر، والباقي يخرج على تفريق الصفقة. والأصح: أنه لا ينتقض.

أما إذا ظهر دين أو وصية بعد القسمة، فإن قلنا: إنها إفراز، فالقسمة تبقى على الصحة إن وقوا الدين. وإن قلنا: إنها بيع، ففيه قولان: أحدهما: البطالان؛ لأن الدين، إما أن يمنع الملك، أو يجعل التركة مرهونة. والثاني: أنه يصح، بل التركة كالعبد الجاني، فينفذ بيعه إلا أن لا يوفى الدين.

الفرع الثاني: إذا ادعى بعض الشركاء غلطاً في القسمة على قسام القاضي، لم يكن له تحليفه؛ لأنه حاكم. لكن لم تنقض القسمة إن أقام بينة، وإلا فله أن يحلف شركاءه. فإن حلف بعضهم، ونكل بعضهم، فتفيد اليمين المردودة نقض القسمة في حق الناكليين دون الحالفين.

هذا في قسمة القاضي بالإجبار. أما إذا كان القسام منصوب بالشركاء بالتراضي، أو تولوا القسمة بأنفسهم، فظهور الغلط بعد تمام القسمة، هل يوجب نقضها؟ قال العراقيون: لا تنقض؛ لأنه رضى به، فصار كما إذا اشترى بغير. وهذا يتجه على قولنا: إنها بيع. فإن جعلناها إفراز حق، فلا يمكن ذلك مع التفاوت، وكذا إن جعلناها بيعاً، ولم يجز لفظ البيع أو ما يقوم مقامه.

الفصل الثالث: فى الإجبار

والقسمة ثلاثة: قسمة إفراف، أو تعديل، أو رد.

أما قسمة الإفراف: فهو أن يكون الشئ متساوى الأجزاء، كالتوب الواحد، والعروة المتساوية، أو المكيلات والموزونات، فيجبر على هذه القسمة من امتنع قهراً بشرط أن تبقى الحصص بعد القسمة منتفعا بها المنفعة التى كانت. فلا يجبر على قسمة الطاحونة والحمام الصغير إذا لم يمكن الانتفاع به بعده. وفيه وجه بعيد: أنه يجبر إذا كان يبقى أصل الانتفاع وإن لم يبق ذلك النوع. أما إذا كان الحمام كبيراً تبقى به المنفعة عند إحداث مستوقد آخر، وبشر آخر، وما يجرى مجراه، ففى الإجبار، تفرغاً على المشهور، وجهان: أحدهما: أنه لا يجبر؛ لأنه تعطيل إلا بإحداث أمر جديد. والثانى: أنه يُجبر؛ لأن إبقاء أصل المنفعة بأمر قريب، ممكن.

فرع: إذا ملك من دار عشرها، والعشر المفرد لا يصلح للمسكن، فالصحيح أن صاحبه لا يجاب إلى القسمة؛ لأنه متعنت. وهل يلزمه الإجابة إذا طلب شريكه لصحة غرضه؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لتمييز ملكه. والثانى: لا؛ لأن فيه تعطيل المنفعة على الشريك، فكأنه فى حقه لا يقبل القسمة.

وإن قلنا: لا قسمة لواحدٍ منهما، فلا شفعة لواحدٍ منهما إذا باع صاحبه؛ لأن الشفعة لتفزع ضرر مؤنة القسمة.

أما إذا كان النصف لواحدٍ والنصف الآخر لخمسة، فإذا باع الخمسة النصف، فلصاحب النصف الآخر الشفعة؛ لأن الخمسة لو اجتمعوا وطالبوه بالقسمة: أجبر، وإنما لا يجبر إذا كان الطالب واحداً. وفيه وجه أيضاً: أن صاحب العشر يُجاب؛ إذ يقول: لى أن أعطل الملك على نفسى فلم لا أجاب؟ وهذا، وإن كان غير مشهور، فهو مُنقاس.

القسمة الثانية: قسمة التعديل:

وهو أن يخلف الرجل على ثلاثة بنين ثلاثة عبيد متساوى القيمة، ففى الإجبار عليه خلاف مشهور، ذهب الأكثرون إلى أنه يُجبر كما فى الإفراف؛ إذ لا ضرر فيه والثانى: أنه لا يجبر؛ إذ كل عبد يختص بغرض وصفة لا توجد فى الباقي فلا يكفى تساوى المالىة مع تفاوت الأغراض وذلك غير موجود فى الأرض وذوات الأمثال.

وإن خلف بين ثلاثة بنين أربعة أعبد، قيمة واحدٍ مائة، وقيمة آخر مائة، وقيمة الاثنين الآخرين مائة، فالخلاف هاهنا مرتب وأولى بأن لا يجبر؛ لأن تفاوت العدد انضم

إلى تفاوت الصفه. وفي الحمامات والطواحين، التي لا تقبل القسمة، وتتساوى قيمتها، خلافاً مرتب وأولى بالمنع؛ إذ الغرض يختلف باختلاف أماكنها اختلافاً ظاهراً.

فإن خلف طاحونة، وعبداً وحماماً متساوى القيم فالخلاف مرتب وأولى بالمنع. أما إذا خلف قطعاً من الأرض متباينة، وأحادها يقبل قسمة الإفراز، فلا يجبر على قسمة التعديل بالقيمة؛ لأن ذلك جُوز ضرورة للعجز عن الإفراز، وميل نصوص الشافعي، رضى الله عنه، إلى منع الإيجاب في هذه القسمة.

فروع: الأول: دارٌ مختلفة الجوانب، فقسمتها من قسمة التعديل إلا إذا كان في كل جانب بناءً يماثل الجانب الآخر ويمكن قسمة العرصه، فذلك كالأراضى، فإن احتيج إلى التعديل بالقيمة مع التفاوت، فلا فرق بينها وبين الأمتعة.

الثاني: عرصه بين شريكين وقيمة أحد الجانبين تزيد لقربه من الماء حتى يكون الثلث بالمساحة نصفاً بالقيمة. قال الأصحاب: يُجبر على هذه القسمة ولم يخرجوه على الخلاف، ولم يكثرثوا بمثل هذا التفاوت النادر.

الثالث: قسمة اللبنة المتساوية القوالب من قبيل قسمة الإفراز، فإن تفاوتت القوالب، فهي من قسمة التعديل.

القسمة الثالثة: قسمة الرُّدِّ:

وهو أن يترك عبدان، قيمة أحدهما ستمائة، وقيمة الآخر ألف، فلو أخذ أحدهما النفيس، ورد مائتين: استويا. ولكن هذا لا يجبر عليه قطعاً؛ لأن فيه تملكاً جديداً.

لو قال أحدهما: يختص أحدهما بالخسيس وخمس من النفيس، فهذا هل يجبر عليه ليتخلص في أحد العبدان عن الشركة؟ فيه خلاف، والظاهر: أنه لا يجبر؛ لأن أصل الشركة ليس ينقطع.

فإن قيل: فما حقيقة القسمة؟ قلنا: أما قسمة الإفراز، ففيه قولان: أحدهما: أنه إفراز؛ إذ لو كان بيننا لما أجبر عليه، فكأنه قد تبين بالقسمة أن ما خصه هو الذى ملكه. والثاني: أنه بيع، إذ يستحيل أن يقال: إنه لم يرث من أبيه إلا هذه الحصه على الخصوص.

وأما قسمة الرد، فهو بيع في القدر الذى يقابله العوض وفي قسمة الباقي وفي قسمة التعديل بيع أيضاً إن قلنا: لا يُجبر عليه. وإن قلنا: إنه يجبر، فطريقان: منهم من خرج على القولين، ومنهم من قطع بأنه بيع، ولكن يجبر للحاجة.

ويُخرج على القولين مسائل في الربويات والزكاة والوقف، فإن قلنا: إنه بيع، لم يجوز فصل الوقف عن الملك؛ لأنه بيع. أما فصل الوقف من الوقف فلا يجوز، وإن قلنا: إنه إفراز؛ لأنه كالتغيير لشرط الواقف، وفيه وجه: أنه يجوز؛ لأنه قد يشرف على الانهدام، فيحتاج إلى القسمة. فإن قيل: فهل يُشترط الرضا؟ قلنا: لا يشترط في قسمة الإجماع، ويشترط في قسمة التراضي. ولا بد من لفظ، وهو قوله: رضيت، ويجب تجديده بعد خروج القرعة، فيقول: رضيت بهذا. وقال العراقيون: يكفي السكوت بعد الرضا إلى خروج القرعة؛ فلا يجب التجديد.

وأجمعوا على أنه لا يُشترط لفظ البيع، وإن قلنا: إنه بيع. ومنهم من شرط أن يقول: قاسمتك على هذا الوجه، أو رضيت بالقسمة؛ ليتلفظ بالقسمة ولا يكفي قوله: رضيت بهذا؛ لأن القسمة تؤدي معنى التملك والتملك.

فرعان: أحدهما: أن القبة والقناة والحمام، وما لا يقبل القسمة، فالصواب المهايأة فيها بالتراضي، ومن رجع قبل استيفاء نوبته، فله ذلك. وإن استوفى، ثم رجع، فوجهان: أقيسُهُمَا: أنه يرجع ويغرم ما انفرد به. والثاني: لا؛ لأن هذه معاملة جرى عليها الأولون فلا تشوش. وقال ابن سريج: يُجبر على المهايأة؛ لأن بعض من يستغنى عنه لثروته قد يعطل على الشركاء بكذا. والصحيح: أنهم لو تنازعوا وتناكدوا: تركوا إلى أن يصطلحوا.

الثاني: أنه لو تقدم جماعة، فالتمسوا من القاضى قسمة مال بينهم من غير إقامة حجة على أنه ملكهم، فالصحيح: أن القاضى يقسم ويكتب في الحجة: إنى قسمت بقولهم، وكذلك إذا جاء واحد منهم وطلب. وفيه قول آخر: أنه لا يُجيب؛ لأنه ربما يكون متصرفاً في مال الغير من غير بينة، وهو بعيد؛ لأن اليد لهم في الحال.

* * *

كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب:

الباب الأول

فيما يُفبد أهلية الشهادة وتبطلها من الأوصاف

وهي ستة: ثلاثة منها لا يطول النظر فيها، وهي: التكليف، والحرية، والإسلام؛ فلا تقبل شهادة صبي ولا مجنون. ولا تقبل شهادة كافر، لا على كافر، ولا على مسلم. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: تقبل على الكافر.

ولا تقبل شهادة العبد أصلاً، وقال داود: تقبل. وثلاثة بطول النظر فيها، وهي: العدالة، وحفظ المروءة، والانفكاك عن التهمة.

الوصف الأول: العدالة:

قال الشافعي، رضى الله عنه: «وليس أحدٌ من الناس نعلمه، إلا قليلاً، يمحض الطاعة حتى لا يخلطها بمعصية، أشار بهذا إلى أن العصمة من المعاصي ليس بشرط؛ إذ ذلك يحسم باب الشهادة، ولكن من قارف كبيرة، أو أصراً على صغيرة، لم تقبل شهادته؛ لأن ذلك يُشعر بالتهاون بأمر الديانة، ومثله جديرٌ بأن لا يخاف وبأل الكذب. أما من يلم بالصغيرة أحياناً لفترة تقع من مراقبة التقوى، وفلته تقع للنفس في الخروج عن لجام الورع، وهو مع ذلك ما ينفك عن تندم واستشعار خوف، فهذا لا ترد به الشهادة؛ قال رسول الله ﷺ: «لا يخلو المؤمن من الذنب يصيبه الفينة بعد الفينة»^(١) أى الوقت بعد الوقت، وإنما الفسق: المروءة على المعصية وإن كانت صغيرة.

والفرق بين الصغيرة والكبيرة يطول، وقد استقصيناه في كتاب «التوبة» من كتب «إحياء علوم الدين»^(٢)، ونشير الآن إلى بعض ما يُعتاد من الصغائر، وهي ستة:

الأولى: اللعب بالشطرنج ليس بحرام، ولكنه بمكروه. وإن قلنا: إنه مباح، أردنا أنه لا إثم فيه، لا كراهية فيه؛ فلا ترد به الشهادة إلا أن يخلط به قمار، وهو أخذ مال المقمور واشتراطه، أو اليمين الفاجرة. وقد روى أن سعيد بن جبير، رضى الله عنه، كان

(١) الحديث لم أحده.

(٢) الإحياء (١٧/٤: ٢٢).

يلعب به وهو مستديره ولا يراه^(١). وقول علي، رضى الله عنه: «ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون»^(٢) لعله كان فى معرض السؤال؛ إذ أشكل عليه صورة تلك الأشكال، وأنها ما هي؟^(٣) أما المداومة عليه فقد تقدح فى المروءة وتعطل المهمات، وقد ينشأ رد الشهادة من هذا وسيأتى.

الثانية: اللعب بالنرد حرام، لما روى أنه ﷺ قال: «ملعون من لعب بالنردشير»^(٤). وقال: «اللاعب بالنرد كعابد الوثن». ونقل عن ابن خيران وأبى إسحاق المروزي أنه كالشطرنج، وهو القياس، ولكن الخبر مانع منه. ثم وإن قلنا: إنه حرام، فالمداومة عليه تردُّ الشهادة دون المرة الواحدة، وقيل: إن المرة الواحدة فسق تردُّ الشهادة. وأما اللعب بالحمام فليس بحرام، وتردد العراقيون فى كراهيته. ورد الشهادة به إنما يكون من جهة المروءة فى حق من يقدح فى مروءته.

الثالثة: قال الشافعى، رضى الله عنه: الحنفى إذا شرب النبيذ حددته وقبلت شهادته. أما الحد فللزجر حتى لا يعود إليه؛ إذ يجرُّ إلى الفساد. وأما قبولنا الشهادة؛ فلأن إقدامه على شربها لم يشعر بتهاونه؛ إذ اعتقد بإباحته، واستبعد المزنى هذا الفرق. فمن

(١) انظر: معرفة السنن والآثار (٣٢٢/١٤).

(٢) انظر: معرفة السنن والآثار (٣٢٣/١٤).

(٣) قلت لو لم يكن هذا التأويل الذى أورده المصنف، لم يكن لقول على - كرم الله وجهه - إيجاد لحكم تكليفى أو وضعى، إذ أن الحكم الشرعى لا يستنبط إلا من الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

(٤) الحديث لم أحده بهذا اللفظ وإنما بلفظ: «من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم خنزير» أخرجه الزيلعى فى نصب الراية (٢٧٤/٤).

وبلفظ: «ملعون من لعب بالشطرنج» أخرجه من حديث أنس مرفوعاً: انتقى اليهودى فى كنز العمال (٤٠٦٣٦، ٤٠٦٥٣)، والعجلونى فى كشف الخفا (٣٨١/٢).

وبلفظ: «من لعب بالشطرنج فهو ملعون» أخرجه على القارى فى الأسرار المرفوعة (٣٥٧)، قال الشوكانى فى نيل الأوطار (٩٦/٨): قال ابن كثير والأحاديث المروية فيه لا يصح منها شيء ويؤيد هذا ما تقدم من أن ظهوره كان فى أيام الصحابة. أ.هـ.

أما فى النرد فعن بريدة أن النبى ﷺ، قال: «من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده فى لحم خنزير ودمه» أخرجه مسلم (١٧٧٠)، ولفظ: «غمس» بدل: «صبغ» أخرجه أحمد (٣٥٢/٥)، وابن أبى شيبة (٥٤٧/٨)، وابن ماجه (٣٧٦٣)، وأبو داود (٤٩٣٩).

وفى لفظ عن أبى موسى مرفوعاً: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله» أخرجه أبو داود (٤٩٣٨)، وابن ماجه (٣٧٦٢)، وأحمد (٣٩٤/٤)، والحاكم (٥٠/١)، وابن أبى شيبة (٥٤٨/٨)، قال الشوكانى: رجال إسناده ثقات (٩٤/٨).

الأصحاب من قال: يُحَدُّ ولا تقبل الشهادة. ومنهم من قال: لا يُحَدُّ وتقبل شهادته. فتحصلنا على ثلاثة أوجه. فإن قلنا: إن الحنفى لا يُحَدُّ، ففى الشفعوى وجهان؛ لشبهة الخلاف فى الإباحة.

الرابعة: المعازف والأوتار حرام؛ لأنها تشوق إلى الشرب، وهو شعار الشرب؛ فحرم التشبه بهم. وأما الدف، إن لم يكن فيه جلال، فهو حلال؛ ضُرب فى بيت رسول الله ﷺ.

وإن كان فيه جلال، فوجهان. وفى اليراع وجهان، والأصح أنه لا يحرم. والمزمار العراقى حرام؛ لأنه عادة أهل الشرب. والطبول كلها مباح إلا الكوبة، قال: فإنه طبل المختلن، وهو طبل طويل متسع الطرفين ضيق الوسط، وسبب تحريمه التشبه بهم. وكذا الضرب بالصفقتين حرام؛ لأنه من عادتهم.

وقد ذكرنا مآخذ هذه التحريمات فى كتاب «الوجد والسماع»، وفصلنا ما يحل ويحرم. ثم قال الشيخ أبو محمد: سماع الأوتار مرة لا يرد الشهادة، وإنما ترد بالإصرار. وقال العراقيون: هو كبيرة توجب المرة الواحدة رد الشهادة. ولا شك أن ذلك يختلف بالبلا، فحيث يعظم أمره، فالمرة الواحدة تشعر بانغرام مروءة الشاهد.

الخامسة: نظم الشعر وإنشاده وسماعه، بالحن وغير الحان، ليس بحرام، إلا أن يكون فى الشعر هجو، أو وصف امرأة معينة، أو فحش. وما يحرم نشره فيحرم نظمها؛ فإن الشعر كلام، حسنه حسن، وقبيحه قبيح، وقد أنشد عند رسول الله ﷺ أشعاراً ولم ينكرها.

وإن أظن فى المدح حتى انتهى إلى حد الكذب، قيل: إنه حرام، والصحيح أن ذلك ليس بكذب؛ إذ ذلك ليس يُقصد منه الاعتقاد والتصديق، بل هى إظهار صنعة فى الكلام.

وسماع الغناء مباح؛ لأن ما جاز من غير لحن جاز مع الحان، إلا أن يتخذ ذلك عادة، فقد يقدح فى المروءة^(١).

(١) مسألة الغناء قد طال فيها الكلام وتشعبت لها المسالك بلا طائل ولا مشعب والمسألة مع التحقيق والإنصاف ورفع بعض السيوف التى تزهق أرواح الحقيقة كسيف «قال الجمهور» مر غير دليل على قولهم، قد تكون متبهة لأن الأحاديث التى وردت فى المعازف والغناء بها لم يصح منها حديث سوى حديث البخارى الذى اختلف فى صحته، حتى قال ابن حزم بأنه لا يصح فى الباب حديث أبداً وكل ما فيه فموضوع. وزعم أن حديث أبى عامر أو أبى مالك =

=الأشعري منقطع فيما بين البخاري وهشام. ووافقه على ذلك جماعة من العلماء، وقالوا: إن في إسناده صدقة بن خالد وقد حكى ابن الجنيد، عن يحيى بن معين أنه ليس بشيء وروى المروى عن أحمد أنه ليس بمستقيم.

وقالوا: إن الحديث مضطرب سندًا ومتنًا أما الإسناد فللتردد من الراوى في اسم الصحابي قال: حدثني أبو عامر أو أبو مالك الأشعري. وفي بعضها يدونه وعند أحمد وابن أبي شيبة بلفظ: «ليشرين أناس من أمتي الخمر». وفي رواية: «الخر» مهملة وفي أخرى: «محمطين». وقالوا: وإن صح الحديث فلا نسلم دلالة على التحريم وأسندوا هذا المنع بوجه.

أحدهما: أن لفظة «يستحلون» ليست نصًا في التحريم فقد ذكر القاضي أبو بكر بن العربي لذلك معنيين أحدهما أن المعنى يعتقدون أن ذلك حلال. والثاني أن يكون مجازًا عن الاسترسال في استعمال تلك الأمور.

وثانيها: أن المعازف مختلف في مدلولها كما سلف وإذا كان اللفظ عمنملاً لأن يكون للآلة ولغير الآلة لم ينتهض للاستدلال لأنه إما أن يكون مشتركاً والراجح التوقف فيه أو حقيقة ومجاز ولا يتعين المعنى الحقيقي.

وثالثها: أنه يحتمل أن تكون المعازف المنصوص على تحريمها هي المقرنة بشرب الخمر كما ثبت في رواية بلفظ: «ليشرين أناس من أمتي الخمر تروح عليهم القيان وتغدر عليهم المعازف». ورابعها أن يكون المراد يستحلون مجموع الأمور المذكورة فلا يدل على تحريم واحد منها على الانفراد. وقد تقرر أن النهي عن الأمور المتعددة أو الوعيد على مجموعها لا يدل على تحريم كل فرد منها.

وقد حكى الأستاذ أبو منصور الشافعي في مؤلفه في السماع أن عبد الله بن جعفر كان لا يرى بالغناء بأساً ويصوغ الألحان لجواريه ويسمعها منهن على أوتاره وكان ذلك في زمن أسير المؤمنين على رضى الله عنه، وحكى عن القاضي شريح وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح والزهرى والشعبي. وقال إمام الحرمين في النهاية وابن أبي آدم نقل الأئمة من المؤرخين أن عبد الله بن الزبير كان له حوار عودات وأن ابن عمر دخل عليه وإلى جنبه عود، فقال: ما هذا يا صاحب رسول الله فنأوله إياه فتأمله ابن عمر، فقال: هذا ميزان شامي، قال ابن الزبير يوزن به العقول. هذا وقد نقل عن جماعة من الصحابة والتابعين مثل هذا جماعة من العلماء منهم ابن حزم في رسالته في السماع.

وقال ابن النحوى في العمدة: وقد روى الغناء وسماعه عن جماعة من الصحابة والتابعين فمن الصحابة عمر كما رواه ابن عبد البر وغيره وعثمان كما نقله المارودى وصاحب البيان والرافعي. وعبد الرحمن بن عوف كما رواه ابن أبي شيبة، وأبو عبيدة بن الجراح كما أخرجه البيهقي وسعد بن أبي وقاص كما أخرجه ابن قتيبة وأبو مسعود الأنصاري كما أخرجه البيهقي وبلال بن عبد الله بن الأرقم وأسامة بن زيد كما أخرجه البيهقي أيضاً وحمزة كما في الصحيح وابن عمر كما أخرجه ابن طاهر والبراء بن مالك كما أخرجه أبو نعيم وعبد الله بن جعفر كما رواه ابن عبد البر.

والرقص أيضاً مباح، ولكن إذا صار معتاداً، أو صار الغناء مكسبة، فيقدح في المروءة.

والتغنى بالقرآن جائز، بل مستحبٌ إلا أن ينتهى إلى التمليط المشوش للنظم، كان أبو موسى الأشعري، رضى الله عنه، حسن الترنم بالقرآن، فقال رسول الله ﷺ: «إن هذا قد أوتى مزاراً من مزامير آل داود عليه السلام»^(١).

السادس: لبس الحرير، والجلوس عليه حراماً، وتُرَدُّ الشهادة باستدامته دون المرة الواحدة، وكذا التختيم بخاتم الذهب. وغلط بعض الأصحاب، فقال: لو كان شهودُ النكاح على حرير، لم ينعقد النكاح، بشهادتهم.

الوصف الثاني: المروءة:

فمن يرتكب من المباحات ما لا يليق بأمثاله، كالأكمل فى الطريق، والبول فى الشارع، ولبس الفقيه القباء والقلنسوة فى بلادنا وغير ذلك مما يسخر به فيه، فيدل ذلك

وعبد الله بن الزبير كما نقله أبو طالب المكي وحسان كما رواه أبو الفرج الأصبهاني وعبد الله بن عمرو كما رواه الزبير بن بكار وقرظة بن كعب كما رواه ابن قتيبة ومخوات بن جبير ورباح المصنف كما أخرجه صاحب الأغاني، والمغيرة بن شعبة كما حكاه أبو طالب المكي وعمر بن العاص كما حكاه الماوردي وعائشة والربيع كما فى صحيح البخارى وغيره.

وأما التابعون فمسعود بن المسيب وسالم بن عمر وابن حبان وخارجة بن زيد وشريح القاضى وسعيد بن جبيرة وعامر الشعبي وعبد الله بن أبي عتيق وعطاء بن أبي رباح ومحمد بن شهاب الزهري وعمر بن عبد العزيز وسعد بن إبراهيم الزهري وأما تابعوهم فخلق لا يحصون منهم الأئمة الأربعة وابن عيينة وجهور الشافعية. أ.هـ.

واختلف هؤلاء للحوزون فمنهم من قال بكرهته، ومنهم من قال باستحبابه، قالوا: لكنه يرقى القلب ويهيج الأحزان والشوق إلى الله، وقال للحوزون: إنه ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله ولا فى معقولهما من القياس والاستدلال ما يقضى تحريم مجرد سماع الأصوات الطيبة للموزونة مع آلة من الآلات.

وخلاصة القول أن ما ورد فى الباب من أحاديث ضعفها جماعة من الظاهرية والمالكية والحنابلة والشافعية وقد تقدم قول ابن حزم ووافقه ابن العربى فى كتابه الأحكام وقال: لم يصح فى التحريم شئ وكذلك قال الغزالي وابن النحوي فى العمدة وقال ابن طاهر: لم يصح منها حرف واحد. هذا وقد أجابوا على حديث ابن مسعود الصحيح الموقوف فى تفسير قوله تعالى: ﴿ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله﴾ بأجوبة فى غاية الأهمية راجعها وما ذكرته، وحجة من لم يجز الغناء بالآلات. فى نيل الأوطار (٩٦/٨: ١٠٥ وما بعدها).

(١) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه (٥٠٤٨)، ومسلم (٧٩٣)، وابن ماجه (٤٢٥/١) من حديث يريدة مرفوعاً، وأبي هريرة مرفوعاً.

إما على خبل فى عقله أو انحلال فى نفسه يبطل الثقة بصدقه، فتخل شهادته. ولا يخفى أن ذلك يختلف بالأشخاص والأحوال، فلو المنصب إذا حمل المتاع إلى بيته لنجله فلا مروءة له، وإن أمكن حمله على التقوى والاعتداء بالأولين، فلا يقدر فيه.

ويلتحق بهذا الفن الإكباب على المباحات المانعة من المهمات، كمدامومة الشطرنج، واللعب بالحمام، والرقص، والغناء، فإن ذلك أيضاً يشعر بانحلال.

واختلفوا أيضاً فى الحرف الدنية، فمنهم من لم يقبل شهادة الدباغ والكناس والحجام والمذلك، ومن يتعاطى القدر؛ لأن اختياره هذه الحرفة يشعر بخسته. ومنهم من قال: تقبل إذا كان ذلك صنعة آبائه، ولائقاً بأمثاله. وفى الحائك طريقان، قال القفال: لا فرق بينه وبين الخياط، وقال بعضهم: حرت العادة بالإزرار بهم، فاختياره، مع ذلك، كاختيار الكنس والحجامة.

الوصف الثالث الانفكاك عن التهمة:

ولا خلاف أن شهادة العدل لا تقبل فى كل موضع، فنقول: للتهمة أسباب:

الأول: أن تتضمن الشهادة جرماً أو دفْعاً.

أما «الجرم» فبأن يشهد على من جرح مورثه، فالشهادة مردودة؛ لأن بدل الجراحة يحصل له بالإرث، والجرح سبب الموت المفضى إلى الإرث. ولا خلاف أنه لو شهد فى مرض الموت للمورث بمالٍ جاز، ولا نجعل للتهمة موضعاً، وإنما ردت شهادة الجرح؛ لأن تركيته ترجع إليه.

وأما «الدفْع» فبأن يشهد اثنان من العاقلة على فسق شهود القتل الخطأ؛ فكأنهم يشهدون لأنفسهم.

فرعان: الأول: لو شهد أحد الابنين على أخيه بألف درهم دين على المورث، وقلنا: لا يجب عند الانفراد بالإقرار إلا حصة المقر: قبلت هذه الشهادة؛ إذ لا دفع فيها. وإن قلنا: إنه يلزمه تسليم جميع الألف من حصته لو أنكر الآخر، فلا تقبل شهادته؛ لأنه دافع. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إن أقر ثم شهد، لم تقبل كما لو قذف ثم شهد. ولو أنشأ الشهادة ابتداءً قبل؛ كما لو شهد على الزنا.

الثانى: لو شهد شاهدان لرجلين بالوصية لهما فى تركة، فشهدا للشاهدين أيضاً بوصية، قال صاحب «التقريب»: لا تقبل؛ للتهمة. وهذا فاسد؛ لأن كل شهادة منفصلة عن الأخرى، ليس فيها جر، وقد قطع الأصحاب بأن رفقاء القافلة إذا شهد بعضهم

لبعض في قطع الطريق، قبل إذا لم يتعرض في شهادته لتصيب نفسه.

السبب الثاني: البعضية الموجبة للنفقة تمنع قبول الشهادة.

فلا تُقبل الشهادة للولد والوالد وسائر الفروع والأصول؛ لأنه ليس له من ماله إلا قدر حاجته، ومال أصوله وفروعه معرضٌ لحاجته، فكأنه شهد لنفسه. وفي شهادة الزوجين ثلاثة أقوال كما ذكرناه في القطع بالسرقة.

ولا خلاف أن شهادة الزوج على إنسان بأنه زنى بزوجه لا تُقبل، وكذلك إن شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثة من العَدُول؛ لأنها أوغرت صدره فنشأ منه عداوة؛ ولأنه يشهد بالخيانة على محل حقه. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: تُقبل.

وقال مالك، رحمه الله: تُقبل شهادة الولد لوالده، ولا تُقبل شهادة الوالد لولده. وللشافعي، رضى الله عنه، قول قديم: أنه تُقبل الشهادة للولد وللوالد.

أما الشهادة عليهم فمقبولة؛ لأنها أبعد عن التهمة. وفيه وجه: أن شهادة الابن لا تُقبل على الأب بالعقوبات؛ إذ لا يكون الابن سبب عقوبة الأب. وهذا بعيد؛ لأنه مظهر لا موجب.

وفي حبس الأب بدين ولده ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يُحبس؛ لأنه عقوبة. والثاني: أنه يُحبس؛ لأنه ليس مقصوداً، وعليه أن يؤدي الحق ليتخلص، وقال صاحب «التلخيص»: يُحبس في نفقته ولا يُحبس في سائر ديونه.

فروع: إذا شهد بحق مشترك بين ولده وأجنبي، ورُد في حق ولده، ففي الرد في حق الأجنبي وجهان؛ لأجل تبعض الشهادة في نفسها.

السبب الثالث: العداوة:

فلا تُقبل شهادة العدو على العدو خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، وسلم أن شهادة المخاصم في الحال لا تُقبل.

أما شهادة المخاصم بعد انقطاع الخصومة فمقبولة بالاتفاق؛ إذ يؤدي ذلك إلى أن من يستشعر من غيره إقامة الشهادة عليه ينشئ معه خصومة.

ورُدَّ شهادة العدو مُشكلاً؛ لأنه إن أخرجته العداوة إلى فسق، فترد للفسق. وإن لم تُخرجه إلى معصية فلا يبقى إلا مجرد تهمة.

ولا خلاف أن الشهادة للصديق مقبولة، وكذا الأخ والأقارب. ولكن المعتمد فيه

قول رسول الله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم على خصم»^(١).

وإنما ترد الشهادة بعداوة ظاهرة، موروثة أو مكتسبة، بحيث أن كل واحدٍ منهما يفرح بمساءة صاحبه، ويغتم بمسرتة، ويبغى الشر له. وهذا القدر لا يفسق به فترد الشهادة به. وإن عرف ذلك من أحدهما، خصت شهادته بالرد دون شهادة صاحبه. وقد يكون سببُ العداوة التعصب للأهواء والمذاهب؛ إذ المعتزلة وسائر المبتدعة لا يكفرون، وأنه تُقبل شهادتهم وإن ضللناهم. قال الشيخ أبو محمد: تُرد شهادة من يطعن في الصحابة، رضى الله تعالى عنهم، ومن يقذف عائشة، رضى الله تعالى عنها، فإنها مُحصنة بنص الكتاب، مُبرأة عن الفواحش. وما ذكره صحيح، وإنما تُقبل شهادة المخالفين في الاعتقادات؛ فإن من يرى أن الكبيرة الواحدة توجب الخلود في النار، فقله أوثق.

السبب الرابع: التغافل:

فرب عدل مغفل كثير السهو والغلط وإن لم يكذب عمداً، وربما لا يفتن لحقائق الأشياء، ويكثر سبقه إلى الاعتقاد بالتوهم، فمثل هذا لا تُقبل شهادته المرسلة إلا في أمر جلى يستقصى الحاكم فيه، ويكثر فيه مراجعته حتى يتبين ثبته وأنه لا يسهو في مثله.

السبب الخامس: التعبير يرد الشهادة:

فالفاسق المستسر بالفسق إذ رُدَّت شهادته، ثم حُشَّت حالته، فأعاد تلك الشهادة بعينها؛ لم تُقبل، وتُقبل سائر شهاداته، إذ المكذب تنبعت فيه داعية طبيعية لإثبات صدق نفسه، فيصير ذلك من أهم حظوظه.

والكافر والصبي والعبد إذا رُدَّت شهادتهم، ثم أعادوها بعد الأهلية قبل؛ إذ لا عار عليهم في الرد. أما الفاسق العلن، والعلو، والسيد، إذا شهد لمكاتبه، فردت شهادتهم، فأعادوها بعد هذه الأعذار فقيه وجهان: أحدهما: لا ترد؛ لأن أسباب الرد ظاهرة؛ فلا يتعبرون بها كالصبي والعبد. والثاني: أنه ترد؛ لأنهم اتهموا، والمتهم يتعبر، فيدفع العار بالإعادة.

(١) أورده ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٠٣/٤). وفي رواية: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» أخرجه البيهقي (٢٠١/١٠)، وابن أبي شيبة (٢١٧/٦)، والمتقى الهندي في كمر العمال (١٧٧٥٦)، وعبد الرزاق (٣٢٠/٨)، قال الشوكاني (٢٩١/٨): وفي الباب أيضاً عن عمر: «لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم» أخرجه مالك في الموطأ موقوفاً وهو منقطع. قال الإمام في النهاية: واعتمد الشافعي غيراً صحيحاً وهو أنه ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم على خصم» قال الحفاظ ليس له إسناد صحيح لكن له طرق يتقوى بعضها ببعض. أ.هـ.

السبب السادس: الحرص على الشهادة بأدائها قبل الامتسهاد:

وذلك مردودٌ إن كان قبل الدعوى. وإن كان بعد الدعوى، وقبل الاستسهاد ففى القبول وجهان. وإن لم تُقبل، فهل يصير به مجروحاً؟ فيه وجهان.

وهذا فيما لا تجوز فيه شهادة الحسبة، أما ما لله تعالى فيه حق، كالطلاق والعتاق وتحريم الرضاع والعتق عن القصاص فيثبت بشهادة الحسبة من غير تقدم دعوى. وترددوا فى الوقف والنسب وشراء الأب.

أما «الوقف» فالصحيح أنه لا يثبت إلا بالدعوى إذا كان له مستحق معين، فأما على المساجد والجهات العامة فيثبت. وأما شراء القريب يُعتق عليه، فيشبه الخلع من وجه. والطلاق البائن يثبت بالشهادة على الخلع. وفى شراء القريب وجهان:

أحدهما: يثبت كالخلع، وقال القاضى: لا يثبت دون الدعوى؛ لأن العرض مقصودٌ فى الشراء، وإثباته دون العرض محالٌ وبيع العرض محالٌ إذ لا مُدعى له. وأما النسب فقال القاضى: لا يثبت دون الدعوى. وقال الصيدلانى: من أتت بولدٍ، وادعى الزوجُ إنه لدون ستة أشهر، قُبِلت البينة على أنه لستة أشهر وإن سكنت المرأة. وهذا يدل على القبول من غير دعوى، فقد تحصلنا فيه على تردد من حيث إن النسب مُتعلق بكثير من حقوق الله تعالى كالطلاق.

ولا خلاف فى أنَّ من اختفى فى زاوية لتحمل شهادة، فلا يُحمل ذلك على حرصه على الشهادة ولا تُرد؛ لأن الحاجة قد تَمَسُّ إلى ذلك للأقارب. وقال مالك، رحمه الله: هذه الشهادة مردودة. وقيل: إنه قولٌ للشافعى ضعيفٌ.

هذه مجامع ما ترد به الشهادة، أما شهادة القروى على البدوى، والبدوى على القروى فمقبولةٌ خلافاً لمالك، رحمه الله.

وشهادة المحدود فى القذف إذا تاب مقبولةٌ خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله. وشهادة الفاسق الذى لا يكذب ويوثق بقوله لا تقبل، عندنا خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن من لا يخاف الله تعالى إنما يصدق لغرض، وإذا تغير غرضه لم يُبال بالكذب.

خاتمة بذكر قاعدتين:

إحدهما: أن هذه الأسباب إذا زالت، قُبِلت الشهادة، ولا يطول النظر فى زوال الصبى والرق وأمثاله، وإنما يطول فى زوال الفسق والعداوة، فإن التوبة مما يخفى، ولا يكفى قول الفاسق: تبت، بل لا بد الاستبراء مدةً حتى يظهر بقرائن الأحوال صلاحُ

سريرته. وقدر بعضهم بسنة؛ لتنقضي الفصول، فإن العزائم تتغير فيه، وقيل: ستة أشهر. والكلُّ تحكُّم، بل يختلف ذلك بالأحوال والأشخاص، والمطلوب غلبة الظن.

أما القاذف، فتوحيته في إكذابه نفسه، كذلك قال الشافعي، رضى الله عنه، وهو مُشكِّل؛ لأنه ربما كان صادقاً، فالمعنى به تكذيبه نفسه في قوله: أنا مُحَقٌّ بالإظهار والمجاهرة دون الحجة، فيكفي أن يقول: بُتُّ ولا أعود، وهل يكفى مجرد ذلك دون الاستبراء إذا لم يظهر منه فسقٌ آخر؟ فيه نصوصٌ مضطربة. والحاصل: أنه إن أقرَّ على نفسه بالكذب فُيُسْتَبْرَأ؛ لأن هذا الكذب كبيرة. وإن لم يُقر، وجاء شاهداً، وما تمت الشهادة، فقولان. وإن جاء قافداً، فقولان مرتبان وأولى بأن يستبرأ. والصواب أن تقول: إن علم أن ذكر ذلك حرام، فهو فاسق؛ فُيُسْتَبْرَأ، وإن ظن أن هذا القذف مباح، فلا حاجة إلى الاستبراء. ويكفي قوله: بُتُّ. فإن أقام الحجة على صدق نفسه، ففي بقاء عدالته وجهان: أحدهما: أنه تقبل شهادته؛ إذ ظهر صدقه. والثاني: لا؛ إذ لا يمكن له أن يقذف، ثم يُثبت إلا أن يجيء بجيء اليهود.

القاعدة الثانية: أن القاضى إذا غلط، فنقض بشهادة هؤلاء، ثم عرف بعد القضاء، فينقض القضاء إن ظهر كون الشاهد عبداً، أو صبيّاً، أو كافراً. وإن ظهر كونه فاسقاً فقولان:

أقيسهما: أنه ينقض؛ إذ قال الشافعي، رضى الله تعالى عنه: شهادة العبد أقرب من شهادة الفاسق؛ إذ نصَّ القرآن يدل على رد الفاسق، حيث قال: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ﴾ [الحجرات: ٦]، وقوله: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والثاني: أنه لا ينقض؛ لأنه أهلٌ على الجملة وربما صدق. وهذا ضعيف على مذهب الشافعي، رضى الله عنه، ولهذا قطع بعض الأصحاب بالنقض، ورد تردّد القول إلى ما إذا فسق بعد القضاء واحتمل الاستناد وأوّل عليه نص الشافعي، رضى الله عنه.

الباب الثاني: في العدد والذكورة

والعدد مشروط هنا في كل شهادة؛ فلا يثبت بشهادة واحدٍ إلا رؤية الهلال لرمضان على رأى إذ يُسلك به مسلك الأخبار؛ لتعلقه بالعبادات، أما هلال شوال فلا يثبت إلا باثنين.

ثم الشهادات في العدد على مراتب:

المرتبة الأولى: الزنا. ولا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال؛ لقوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءُوا

عليه بأربعة شهداء» [النور: ١٣]. ويقول كل واحد: رأيته يدخل فرجه في فرجها كالمرؤد في المكحلة؛ فإن الشاهد الرابع على الزنا المغيرة لما قال بين يدي عمر: رأيتُ نفساً يعلو، واستأينبو، ورأيتهما يضطربان تحت لحافٍ، ورجلاها على عاتقه، كأنهما أذنا حمار، فقال عمر: الله أكبر، وحلّد سائر الشهود، ولم يكف بهذا.

وهل يُشترط على الإقرار بالزنا أربعة؟ فيه قولان. واللوّاط إن قلنا: إنه كالزنا، أو يُوجبُ القتل، فهو كالزنا. وإن لم يوجب إلا التعزير، فهل يُشترط فيه أربعة؟ فيه قولان. وهل يجوز للشاهد النظر إلى الفرج أو إلى العورات لتحمل الشهادة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لأن الشهادة أمانة. والثاني: لا؛ لكن إن وقع البصر تحمّل الشهادة، وإلا فلا. والثالث: لا يجوز لأجل الزنا؛ فإن الحدود مبنية على الدفع، أما لعيوب النساء وغير ذلك من الأحكام يجوز.

فروع: لا تُمنع الشهادة بتقادم العهد في الزنا، ولا بأن يشهد أربعة في أربعة مجالس خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، في المسألتين، فإنه قال: إذا انفرد واحد في مجلس: حُدّ، ولا ينفعه من يشهد في مجلس آخر.

المرتبة الثانية: النكاح والرجعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ولقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشهود»^(١) ألحق الشافعي، رضي الله عنه، به كل ما ليس بمال كالقصاص والعنق والاستيلاء، والكتابة، والوصايا، والوكالة، والعفو عن القصاص، والجرح والتعديل، والترجمة في مجلس القضاء، وإثبات الرّدة والإسلام والنسب، والبلوغ، والولاء، والعدة، والموت. ولا ينظر إلى رجوع الوكالة والوصايا إلى مال؛ لأنها في نفسها سلطنة وولاية وليس بمال. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين، وخصص اعتبار الذكورة بالعقوبات.

المرتبة الثالثة: الأموال وحقوقها وأسبابها: تثبت بشهادة رجل وامرأتين؛ بدليل آية المدينة^(٢). ويدخل فيه الشركة والإجارة، وإتلاف الأموال، وعقود الضمان، والقتل خطأ، وكل جراحة لا توجب إلا المال، وحتى الخيار والشفعة، وفسخ العقود، وقبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير، فيتعلق به العتق، ففيه وجهان. ويثبت المال في السرقة بشاهدٍ وامرأتين دون القطع. والصحيح: أن الأجل من حقوق المال، وقيل: إنه نوع سلطنة، فيضاهي الوكالة.

(١) سبق تخريجه في كتاب النكاح.

(٢) وهي أطول آية في كتاب الله، [سورة البقرة: ٢٨٢].

ثم ليعلم أن النكاح إن لم يثبت برجل وامرأتين يثبت في حق المهر، وكذا الوكالة تثبت في حق البيع، وتثبت الوصية وإن لم تثبت الوصاية.

فروع: لو قال لزوجته: إن غصبت فأنت طالق، أو إن ولدت. فثبت الغصب أو الولادة بشهادة النسوة. وجب المال، ولحق النسب، ولم يقع الطلاق المعلق بهما. وكذا لو علق برؤية الهلال وشهد واحد. ولو شهد أولاً على غصبها رجل وامرأتان، فقضى القاضى بالضمآن، فقال: إن كنت غُصبت فأنت طالق، قال ابن سريج: إنه يقع، بخلاف ما إذا تقدم التعليق. وفيه وجه آخر: أنه لا يقع.

المربة الرابعة: ما لا يطلع عليه الرجال غالباً. ويثبت برجل وامرأتين، وبأربع نسوة، كالولادة والبكارة، وعيوب النساء، والرضاع، وما يخفى عن الرجال غالباً. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها عند قيام الفراش أو ظهور مخايل الحمل بعد الطلاق.

فإن قيل: فهل يتعلق بشاهد واحد حكم؟ قلنا: من أقام شاهدين على مال، فخاف فواته، فله التماس الحيلولة قبل التزكية. ويجب ذلك على القاضى فى الأمة إذا أقامت شاهدين على الحرية، ويجب فى العبد إن طلب العبد، والعبد يُنفق من كسبه فى مدة الحيلولة، وإن لم يكن فمن بيت المال ثم يرجع إلى السيد إن لم يثبت العتق. وكذا لو أقام شاهدين على زوجية امرأة، منعنا المرأة عن الانتشار قبل التزكية. وفى العقار، هل يُجاب إلى الحيلولة مع أنه لا خوف؟ فيه خلاف.

فى هذه المسائل، الشاهد، الواحد، هل يُنزل فى اقتضاء الحيلولة منزلة الشاهدين؟ فيه قولان: أحدهما: نعم؛ لأن تمامه متوقعٌ كالتعديل. والثانى: لا؛ لأن الواحد ليس بحجة، والتعديل يُبين أن ما أقامه من قبل كان حجة.

فإن قلنا: يؤثر فى الحيلولة، فقد ظهر له فائدة على الجملة.

ولو جرى فى دين، فهل للمدعى أن يلتمس الحجر خوفاً من أن يبيع ماله؟ فيه طريقان، منهم من طرد القولين، ومنهم من قطع بالمنع، لأن ضرر الحجر عظيم. وقال القاضى: إن كان الخصم معروفاً بالحيلة وخاف القاضى حيلته: حَجَرَ عليه.

الباب الثالث: في مستند علم الشاهد، وتحمله، وأدائه

وفيه فصلان:

الفصل الأول في مستنده

والأصل فيه اليقين، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] وقال رجلٌ لرسول الله ﷺ: «يُم أشهد؟ فقال: أَرَأَيْتَ الشمس طالعة؟ فقال: نعم، فقال: على مثل هذا فاشهد، وإلا فاسكت»^(١). هذا هو الأصل، لكننا قد نلحق الظن به للحاجة؛ فنقول:

المشهورُ عليه ينقسم إلى: ما يحتاج إلى البصر دون السمع، وإلى ما يحتاج إلى السمع دون البصر، وإلى ما يحتاج إليهما.

الأول: ما يحتاج إلى البصر دون السمع. وهو الأفعال؛ إذ البصر يدرك الفعل والفاعل جميعاً.

القسم الثاني: ما يحتاج إليهما. وهو الأقوال؛ إذ الأقوال تدرك بالسمع، والقائل لا يتعين إلا بالبصر. وليس للأعمى أن يعتمد الأصوات؛ فإنها تتشابه بالتبليس. وقال مالك، رحمه الله: له ذلك؛ إذ يحلُّ له وطء زوجته، فإذا سمع إقرارها في حالة الوطء، كيف لا يشهد عليها؟ فنقول: في غيره من الشهود غُنيّةٌ. أما حلُّ الوطء والمعاملات فتُبني على الحاجات.

وقد اختلف الأصحاب في سبع:

الأولى: إذا تعلق الأعمى بشخص في أذنه بالإقرار، فجره إلى القاضي مُتعلقاً به وشهد، ففيه وجهان: أحدهما: القبول؛ للثقة. والثاني: لا؛ لأن فتح هذا الباب عسير، ودرجات التعلق والملازمة تختلف ولا تنضبط.

الثانية: في رواية الأعمى خلافاً؛ لأنه يعجز عن تمييز المروى عنه، ولكن قال بعضهم: يجوز؛ وكان الصحابة يسمعون من عائشة، رضى الله تعالى عنها، من وراء الستر، فهم في حقها كالعميان. أما ما سمعه قبل العمى، فيروى، بل ما تحمل من

(١) الحديث أخرجه العجلوني في كشف الخفا (٩٣/٢)، والبيهقي (١٥٦/١٠)، وقال: لم يرو من وجه يعتمد عليه. الضعفاء الصغير (ص ٢٠٨)، والتاريخ الكبير للبخاري (٩٧/١)، وميزان الاعتدال للنهبي (٥٦٩/٣)، قال ابن حجر: أخطأ الحاكم في تصحيحه فحسب إسناده محمد بن سليمان بن مسمول وهو ضعيف، وقال البخاري: منكر، وانظر: الحاكم (٩٨/٤)، (٩٩)، والعقبلي في الضعفاء (٧٠/٤).

الشهادة قبل العمى، على معروف النسب، تقبل فيه شهادته.

والقاضي إذا سمع بينة، ولم يبق إلا الحكم، فانعزل بالعمى، ففي ذلك الحكم وجهان من حيث إن العزل يبعد أن يتجزأ.

الثالثة: في المترجم الأعمى وجهان: أحدهما: أنه يجوز؛ لأن القاضي يُشاهد المترجم كلامه. والثاني: لا، حسماً للباب.

الرابعة: في انعقاد النكاح بحضور الأعميين وجهان؛ لأنه ليس فيه إثبات، ولكن المقصود الإثبات.

الخامسة: إذا تحمل البصير شهادةً على شخص، فمات ولم يكن معروفاً بالنسب، فلا بد وأن يحضر ميتاً حتى يشهد على عينه بمشاهدة صورته. فإن كان قد دفن، لم ينبش قبره إلا إذا عظمت الواقعة واشتدت الحاجة ولم يطل العهد بحيث تتغير الصورة.

فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده، فليقتصر عليه في الشهادة. وإن عرف القاضي بذلك جاز. وإن افتقر إلى اسم الجد، فليس له أن يسأل عن اسم جده ويذكره، وحكي أن القفال ورد عليه كتاب من قاضي ليزوج فلانة من خاطبها أحمد بن عبد الله، وكان جار القفال؛ فقال: أنا إنما أعرفك بأحمد، لا بأحمد بن عبد الله، فلم يُزوج. وفي مثل هذه الصورة، لو أقام عنده بينة على أنه أحمد بن عبد الله لم تنفع؛ لأنه لم يفوض إليه سماع البينة، كيف والصحيح أن البينة إنما تسمع بعد تقدم دعوى وإنكار؟.

السادسة: تحمل الشهادة على امرأة منتقبة بتعريف عدلين، غير جائز إلا على مذهب من يرى أن التسامع من عدلين كافٍ في معرفة النسب، بل الطريق ما فعله القفال، رحمه الله، إذ كتب في مثل هذه الشهادة: «أشهدني فلانٌ وفلانٌ أنها فلانة بنت فلان وأنها أقرت، وامتنع عن الأداء، فقال: وكيف أشهد، والشاهدان في السوق؟» يعني أن شهادتي شهادة الفرع، لكن طريق تحمل الشهادة أن تكشف عن وجهها حتى ينظر إليها ويحفظ حليتها. ثم إنها عند أداء الشهادة، تكشف ثانياً، فإن عرفها شهد وإلا فيسكت.

ويجوز النظر لحاجة التحمل وإن كانت في غاية الجمال. وللقاضي عند الشهادة إن رآه أمراً أن يحضر معها نسوة في قلها وكسوتها، ويمتنع الشاهد، فإن لم يميزها عنهن لم تقبل شهادته، وقد فعل ذلك بعض القضاة.

السابعة: إذا وقعت الشهادة على عينها، كما ذكرناه، محال، فطلب الخصم التسجيل،

ولم يعرفها القاضى بنسبها، لم يكن له ذلك إلا أن يسجل على حليتها وصورتها، ولا يكفى قولها: إني فلانة بنت فلان؛ إذ لا يُسمع مجرد قولها ولا أن يقيم الخصم بينة؛ لأنها إنما تقام بعد تقدم دعوى فى النسب، ولكن لو نصب قِيماً حتى يدعى عليها ديناً، وأنها بنت فلان، فتنكر المرأة وتقام البينة: جاز ذلك؛ فعلة القاضى حسين فى مثل هذه الواقعة، وفيه إشكال من حيث إنها ربما كانت أقرت عند القاضى بالنسب، فكيف تنكره ولا دعوى إلا على منكراً؟ ومن حيث إن القاضى عالم بأن هذه الدعوى كذب؟ لكن قال القاضى حسين: «هذه حيلة جائرة للحاجة كما جاز بيع ثمار خبير بالدراهم، ثم شراء نوع آخر به». والمسألة محتملة.

القسم الثالث: ما لا يحتاج إلى البصر: وهو الذى يثبت بالتسامع؛ إذ لا يدركه البصر كالإعسار، فإنه إنما يدرك بالخبرة الباطنة وقرائن الأحوال فى الصبر سرّاً على الضر والجوع. ولا يُعلم بيقين، لكن إذا حصل ظن قريب من اليقين حازت الشهادة.

أما الذى يثبت بالتسامع فالنسب والملك المطلق. واختلفوا فى الولاء والوقف والنكاح والعق؛ لأن هذه أمور يُدرك بالبصر أسبابها، لكن قد يستفيض بين الناس ويدوم التفوه به، وتتوفر الطباع على ذكره بخلاف البيع والهبة وأمثاله، ففى اعتماد التسامع به وجهان، منهم من منع؛ لإمكان المشاهدة. ومنهم من ألحق بالنسب؛ لحصول الظن بالاستفاضة. وكذا الخلاف فى النسب من جانب الأم؛ فإنه يمكن مشاهدة الولادة، ولكن يؤثر فيه التسامع أيضاً. ومنهم من قطع بأن جانب الأم كجانب الأب. وفى الموت أيضاً طريقتان، والمشهور: أنه كالنسب يثبت بالتسامع. ومنهم من ألحقه بالنكاح؛ لأنه يمكن مشاهدته. ثم إذا قضى به، فالنظر فى النسب والملك:

أما النسب، وما يلحق به، ففى حدّ التسامع فيه وجهان: أحدهما: أنه يسمع من قوم لا تجمعهم رابطة التواطؤ كما فى أخبار التواتر. والثانى: ذكر العراقيون أنه يكفى أن يسمع من عدلين، ثم لا يكون شاهداً على شهادتهما. وهو بعيد. ثم زادوا عليه وقالوا: لو رآه يحمل صغيراً وهو يستلحقه، أو قال الكبير: هذا ابنى، وهو ساكت: شهد على النسب. وهذا غلط إلا أن يشهد على الدعوة فقد يثبت النسب بمجرد الدعوة.

أما الملك، فلا يحصل فيه تعيين؛ لأنه، وإن شاهد الشراء، فمن أين يعلم ملك البائع؟ أو شاهد الاصطياد فمن أين يعلم أنه لم يفلت من غيره؟ لكن يعتمد الظن الغالب الذى لو كلف مزيد بحث، لتعذر إثبات الأملاك. ويحصل ذلك باجتماع ثلاثة أمور: اليد، والتصرف، والتسامع، أعنى تفاوض الناس بإضافة الملك إليه، فإن هذا، إذا دام مدةً بلا

منازع، غلب على الظن الملك.

وهل يكفي مجرد اليد والتصرف دون تفاوض الناس بالإضافة؟ المشهور أن ذلك كافٍ. وقال القاضي: لا يكفي؛ لأن المنازع إنما يظهر إذا سمع الإضافة من الناس. لكن يقابله أنه لو كان تصرفه بالعدوان، لظهر التفاوض بعدوانه في الجيران وأهل المحلة، فعدم ذلك دليل على عدم الخصم.

وأما مجرد اليد دون التصرف، أو التصرف دون اليد، فلا يكفي. وهل يكفي بمجرّد التسامع دون اليد والتصرف؟ ويتصور ذلك في ملك معطل، قال العراقيون: يكفي ذلك. وهو بعيد؛ فكانهم يظنون أن الملك أيضاً يشتهر كما يشتهر الوقف.

ثم إنما نعني بالتصرف، الهدم والبناء والبيع والفسخ والإجارة والرهن. ولو لم نر إلا مجرد الإجارة، ولكن مرة بعد أخرى، ففيه خلاف، والصحيح: أنه لا يدل؛ إذ المستأجر مدة طويلة قد يواجه مراراً.

هذا بيان ما يعتمد عليه الشاهد فنحلّ له الشهادة. أما «الخط»، فقد ذكرنا أنه لا يعتمد للشهادة ويعتمد للمحلف. وبما يجب ذكره هاهنا أن من شهد على أن فلان مات، ولا وارث له سوى فلان، فهذا يُسمع وإن كان على النفي، كبينة الإعسار، ولكن يُسمع ممن خبر باطن أحواله وعلم شعب نسبه، ويكفي فيه عدلان يقولان: لا نعلم له وارثاً سواء مع الخبرة الباطنة.

فإن لم تكن بيّنة، سلم إلى الحاضر قدر اليقين فقط. ولا يقين إلا في فرض من لا يحجب عائلاً كربع الثمن عائلاً للزوجة، وأما الأب فلا يستيقن له مقدار معين. فإن لم تكن بيّنة، بحث القاضي ونادى بأبي قاسم ميراثه. فمن عرف له وارثاً فليذكر. فإن لم يظهر سلم المال إلى الحاضر.

وهل يطلب له كفيلاً للقدر المشكوك؟ فيه قولان.

الفصل الثاني: في وجوب التحمل والأداء

أما الأداء فهو واجب على كل متحمل متعين دُعي إلى الأداء من مسافة دون مسافة العدوى^(١)، فهذه ثلاثة قيود.

(١) مسافة العدوى: هي المسافة التي يخرج إليها الميكر من بيته فيرجع إليه قبل حلول الليل. وقال ابن فارس: العدوى: طلبك إلى الوالي ليعديك على من ظلمك، أي: يتقم منه بسبب اعتدائه = عليك، والفقهاء يقولون: مسافة العدوى، وكأنهم استعاروها من هذه العدوى؛ لأن صاحبها يصل فيها الذهب والعودة بعد واحد، لما فيه من القوة الجلادة. انظر المصباح المنير (٦٠٧/٢).

فلو لم يتحمل، ولكن وقع بصره على فعل وتعين، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجب؛ لأن المتحمل ملتزم، وهذا لم يلتزم. والثاني: أنه يجب؛ صيانة للحقوق.

ولو لم يتعين، فإن امتنعوا بمحملتهم عمَّ الحرج جميعهم. وإن امتنع واحد ففى جوازه وجهان؛ من حيث إن فتح ذلك الباب ربما يدعو إلى التخاذل.

ولو دعى من مسافة دون مسافة القصر، وفوق مسافة العدوى، فوجهان كالوجهين فى لزوم قبول شهادة الفرع فى غيبة الأصل إلى هذا الحد.

ثم الشاهد لا يستحق الأجرة؛ لأنه التزم هذه الأمانة بخلاف الكاتب. نعم، يستحق الشاهد أجرة المركوب عند طول الطريق. ثم إذا أخذها، فله أن لا يركب ويمشى، فكانه أجرة نصبه فى المشى.

ولو تعين شاهدان، فامتنع أحدهما. وقال: أخلف مع الثانى، لم يجرز بالاتفاق.

أما التحمل فيما لا يصح دون الشهادة كالنكاح، فالإجابة إلى التحمل فيه من فروض الكفايات، ومن امتنع لا يأنم؛ لأنه غير متعين.

أما التحمل فى الأموال والأقارب، هل هو من فروض الكفايات؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لاستغنائه عنه. والثانى: نعم؛ لحاجة الإثبات عند النزاع. وكذا الخلاف فى كُتبه الصك؛ لأنه لا يُستغنى عنه فى عصمة الحقوق.

الباب الرابع: فى الشاهد واليمين

وكل واقعة يقضى فيها برجل وامرأتين، فيقضى بشاهد ويمين إلا عيوب النساء وبابها. وقد صحَّ عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين^(١). قال عمر، رضى الله عنه: وذلك فى الأموال. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يقبل شاهد ويمين.

ثم عندنا ينبغي أن تقدم شهادة الشاهد وتعديله، على اليمين؛ إذ اليمين، قبل تأييد جانب الخالف باليد أو اللوث، ساقط الأثر. ويجب على الخالف أن يصدق الشاهد فى يمينه، فيقول: أنا مُحِقٌّ وهو صادق. ولا خلاف فى أنه لو حلف مع امرأتين لم يجرز.

ثم هذا القضاء بالشاهد؟ أو باليمين؟ أو بهما؟ ويظهر الأثر فى الغرم عند الرجوع، فيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه باليمين، والشاهد يعضد جانب الخالف كاللوث. والثانى: أنه بالشاهد؛ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشاهد واليمين. والثالث: أنه

(١) أخرج هذا الحديث عن ابن عباس، وجابر، وأبى هريرة، رضى الله عنهم: مسلم (١٧١٢)، وأبو داود (٣٦٠٨)، وابن ماجه (٢٣٦٨، ٢٣٦٩، ٢٣٧٠).

بهما جميعاً.

ثم إن قلنا: إنه باليمين، أمكن إيجاب غرم أيضاً على الشاهد، إذ اليمين نفذ بشهادته، كما يجب، على رأى، على المزكى؛ لأن الشهادة نفذت بتعديله ونسألم الباب بمسائل أربع:

الأولى: لو أقام الورثة شاهداً واحداً على دين لمورثهم، وحلفوا جميعاً: استحقوا. ولو حلف واحد استحق الخالف نصيبه دون الناكل. ولو مات الناكل، لم يكن لوارثه أن يحلف؛ إذ بطل حق الحلف بالنكول. وإن مات قبل النكول، فلوارثه أن يحلف، ولكن هل يجب إعادة الشهادة؟ فيه وجهان. وكذا لو جاء الوارث بشاهد آخر هل يجب على الأول إعادة؟ فيه قولان، مأخذهما أن هذه دعوى جديدة، أو فى حكم البناء؟ ولو نكل الوارث، وللميت غريم، فهل يحلف؟ فيه قولان ذكرناهما فى القسامة. أما إذا كان فيهم غائب أو مجنون، فإذا عاد أو أفاق: حلف من غير حاجة إلى إعادة الشهادة بل نفذت تلك الشهادة فى الحق المشترك بدعوى واحد من الورثة، وإنما تختص الدعوى والحلف دون المشاهدة. أما إذا أوصى لشخصين، فحلف أحدهما مع شاهد، والثانى غائب، فإذا عاد فلا بد من إعادة الشهادة؛ إذ ملكه منفصل بخلاف حقوق الورثة، فإنه إنما يثبت أولاً لشخص واحد وهو الميت.

فروع: لو حلف بعضهم مع الشاهد، فهل يخرج نصيب الغائب من يد المدعى عليه؟ فيه قولان كما ذكرناه فى الخيلولة بشاهد واحد، لكن هذا أبعد؛ لأن صاحب الحق لم يدع، إلا أن اتحاد الميت، كأنه يجعل دعوى الواحد كدعوى الجميع. ولذلك لا تستعاد الشهادة. أما النصيب الذى أخذه الخالف الوارث فلا يشاركه الغائب فيه، نص عليه.

وقال فى كتاب «الصلح»: لو ادعى الوارثان عيناً، فأقر لأحدهما بنصيبه، شاركه الآخر، فمنهم من قال: قولان بالنقل والتخريج، والتصحيح: أنه فرض هاهنا فى الدين، وذلك إنما يتعين بالتعيين فلا يُشاركه فيه. وفى الصلح فى جزء من العين، وهو مشترك بإقراره، فكيف ينفرد به؟. أما إذا أقام أحدهما شاهدين فتنزع نصيب الصبي والمجنون. وأما نصيب الغائب فتنزع أيضاً إن كان عيناً، وإن كان ديناً فوجهان يجريان فى كل دين يُقر به للغائب، أن الوالى، هل يستوفيه أو يتركه عليه؟ وهذا فى الوراثة، أما الوصية فترك نصيب الغائب، وإن كملت بينة الحاضر.

المسألة الثانية: إذا ادعى ثلاثة أن أباهم وقف عليهم ضيعةً وعلى أولادهم، على الترتيب، وحلفوا مع شاهد واحد: استحقوا. وفيه وجه: أن الوقف كالعتق ولا يثبت

بشاهد ويمين إن قلنا: إن الملك فيه لله تعالى. وهو بعيدٌ غير مُعتد به. ثم البطن الثاني، هل يحتاجون إلى الحلف عند موتهم؟ إن قلنا: إنهم يأخذون الحق من البطن الأول، فيكفيهم يمين البطن الأول. وإن قلنا: من الواقف، فلا بد من التجديد؛ لأنهم لا يستحقون يمين غيرهم.

فلو كان الشرط الصرف إلى المساكين بعد موتهم، فعلى هذا لا يمكن تخفيف المساكين؛ إذ لا ينحسرون، ففيه وجهان: أحدهما: أنهم يستحقون بغير يمين؛ للضرورة. والثاني: أن الوقف قد تعذر مصرفه. وفيه خلافٌ أنه يبطل؟ أو يصرف إلى أقرب شخص إلى الواقف؟.

ولو مات واحدٌ من الخالفين، فنصيبه للباقيين الذين حلفوا معه في درجته؛ لأنه وقف ترتيبٌ وفي تجديد يمينهم قولان مرتبان، والصحيح: أنه لا يحتاج إليه؛ لأنهم قد حلفوا مرةً على الجملة.

أما إذا نكلوا جميعاً، فالبطن الثاني لا يستحقون إن لم يحلفوا، وإن حلفوا استحقوا. هذا إن قلنا: إنهم يأخذون من الواقف. وإن قلنا: يأخذون من البطن الأول، فلا أثر لحلفهم؛ إذ قد بطل حق الحلف بنكول البطن الأول.

أما إذا حلف واحدٌ، ونكل اثنان ثم ماتوا، فولد الخالف يستحق إن حلف، وإن لم يحلف فقولان. وولد الناكل لا يستحق إن لم يحلف. وإن حلف فقولان. وإن مات الخالف أولاً، فشرط الوقف أن يكون للآخرين، لكن أبطلوا حقوقهم بالنكول، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يصرف إلى ولد الخالف وقد التحق بالموتى لنكولهم. وهو بعيد. والثاني: أنه يصرف إليهم ويستحقون يمين الميت. والثالث: أنه قد تعذر مصرفه إذن؛ فينتزع من يد المدعى عليه. أما نصيب الناكلين، فيبقى في يد المدعى عليه.

فإن قلنا: يصرف إلى الناكلين، ففي إيجاب الحلف عليهم قولان مرتبان على ما إذا كانا قد حلفا، وهاهنا أو لى بالحلف.

المسألة الثالثة: لو كان الوقف وقف التشريك، وحلف الثلاثة، ثم ولد لواحدٍ ولد؛ صار الوقف أرباعاً بعد أن كان أثلاثاً، ويوقف الربع للطفل، وكذا غلته. فإن بلغ وحلف: استحق، وإن نكل، فالنص أنه يرد على الثلاثة، وكأن الناكل معدومٌ. وقال المزني، رحمه الله: «كيف يُرد عليهم، وهو مقرون بأنهم لا يستحقونه، فهو وقفٌ تعذر مصرفه» والقياس ما ذكره؛ فنجعله قولاً مخرجاً. فلو قال المدعى عليه: ردُّوه إليّ؛ فلا طالب له غيري، فلا خلاف أنه لا يرده إليهم؛ إذ قد انتزع من يده بحجة، فلا يمكن الرد إليه.

المسألة الرابعة: جارية لها ولد، ادعى إنساناً على صاحب اليد أنها مُستولدة، والولد منه، وأقام شاهداً واحداً وحلف: سُلمت له الجارية، وثبت ملكه ثم تُعتق عليه، إذا مات، بإقراره وبالاستيلاذ، لا بالشاهد واليمين. أما الولد، ففي حريته ونسبه قولان: أحدهما: أنه يثبت بطريق التبعية للأم. والثاني: وهو القياس، واختيار المزني أنه لا يثبت؛ لأنه إنسان تُدعى فيه الحرية والنسبُ كما يُدعى في الأم الاستيلاذ. واستشهد المزني بما لو أقام هذه الحجة على عبدٍ بأنه كان ملكه، وقد أعتقه، فإنه لا يسمع؛ لأنه معترفٌ في الحال بحريته، مع أنه قد سبق له ملكٌ، فكيف يُسمع في الولد ولم يجر عليه رقٌ أصلاً؛ فمن أصحابنا من طرد القولين، ومنهم من فرق بأن الحكم هاهنا وُجد منتسباً من ملك حاضر وهو الأم بخلاف مسألة العبد. والقياس ما ذكره المزني، رحمه الله.

الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة

والنظر في خمسة أطراف:

الطرف الأول: في مجاريه

وهو جارٍ فيما ليس بعقوبة. وفي العقوبات ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يجرى؛ لأنه بدل، فلا يخلو عن شبهة. والثاني: أنه يجرى؛ لأن كونه بدلاً، لا يوجب الشبهة. والثالث: أنه يجرى في حقوق الآدميين كالقصاص وحدّ القذف دون حدود الله تعالى؛ فإنه يتسارع إليه السقوط بالشبهات. وكذا الخلاف في كتاب القاضى إلى القاضى وكذا في التوكيل باستيفاء القصاص؛ لأن التوكيل بدلٌ عن الموكل؛ فإذا منعنا ذلك، فلا معنى لدعوى القصاص على غائب.

الطرف الثاني: في التحمل

ولا يجوز أن يشهد على شهادة غيره ما لم يعلم أن عنده شهادة مجزومة ثابتة. وذلك بأن يقول له: عندي شهادة بكذا، وأنا أشهدك على شهادتي، وإما بأن يراه بين يدي حاكم وهو يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا، فله أن يتحمل وإن لم يقل له: أشهدك؛ لأن ذلك ليس تفويضاً حتى يحتاج إلى إشهاد، نعم إذا رآه يُخبر عن الشيء لا في معرض الشهادة ولا بلفظ الشهادة، فالإنسان قد يتساهل فيه ولو كُلف الشهادة: امتنع، فلذلك لا يتحمل.

أما إذا قال في غير مجلس القاضى: عندي شهادة مثبتة لا أتمارى فيها، ففي جواز التحمل وجهان: أحدهما: نعم؛ لانقطاع الاحتمال. والثاني: لا؛ إذ قد يكون له فيه

غرض، وإذا طُلب بالإقامة توقف.

أما إذا اقتصر على قوله: أنا أشهد بكذا، لم يعتمد ذلك؛ لظهور اعتماد التساهل؛ ولأنه قد يريد به الوعد ولا يفى به. فلو قال: لفلان على ألف، فيشهد على إقراره ولا يُقدر احتمال إرادة وعد؛ لأن الإنسان لا يتساهل في الإقرار على نفسه، ويتساهل في الإنخبار عن الغير.

وقال أبو إسحاق المروزي، رحمه الله: «لا يشهد على إقراره ما لم يُضفه إلى إتلاف، أو ضمان، أو غير ذلك مما يقطع هذا الاحتمال»، وهو بعيد غير مُعتمد به. ثم الشاهد ينبغي أن يحكى مُستند تحمله، بأن شاهد الأصل أشهده، أو رآه يشهد عند القاضي؛ فإنه ربما لا يعرف كيفية التحمل حتى يبحث عنه القاضي. فلو كان فقيهاً، فيكفيه أن يقول: أشهد على شهادته، وله الإصرار عليه، فلو سأله القاضي لم يلزمه التفصيل.

الطرف الثالث: في الطوارئ على شهود الأصل

ولا يضر موتهم وغيبتهم ومرضهم، بل هو المراد من شهود الفرع، وقد ذكرنا حد الغيبة. أما طرآن فسقهم وعداوتهم وردتهم فلا يؤثر طرآته بعد القضاء بشهادة الفرع. ولو طرأ قبل القضاء منع القبول؛ لأن هذه أمور لا تهجم، بل يتقدمها مقدمات؛ ولأنه يقبح أن يشهد على شهادة مرتد وفاسق.

ولو حضر شهود الأصل، فكذبوا الفرع بعد القضاء: لم يؤثر. وقبل القضاء لو ثبت تكذيبهم، في الغيبة بيينة، أو رجوعهم: امتنع شهادة الفرع. ولو بان، بعد القضاء، أنهم كانوا كذبوا، أو رجعوا قبل القضاء: نُقض الحكم قولاً واحداً.

أما طرآن العمى والجنون، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يؤثر كالموت، وهو الأصح. والثاني: أنه يؤثر؛ إذ بطلت أهليتهما والمقبول شهادتهما، وإنما استثنى الموت للضرورة. والثالث: أن الجنون بخلاف العمى؛ فإن الأعمى أهل، وإنما يمتنع عليه التعيين. أما الإغماء، فلا يؤثر في الغيبة. وفي الحضور يُتتظر زواله فلا يسقط شاهد الفرع على الشهادة.

ثم إذا قلنا: يمتنع بالجنون، فلو زال، ففي وجوب تجديد التحمل وجهان، أقيسهما: أنه لا يجب. وأشهرهما: أنه يجب كما لو أفاق الموكل.

الطرف الرابع: في العدد

والكمال أن يشهد على كل شاهد شاهدان. فإن شهد اثنان على شهادة واحد،

وهما بأعيانهما شهدا على الآخر، فقولان، أقيسهما: أنه يجوز، كما لو شهد اثنان على ألف رجل بالإقرار، وهو اختيار أبي حنيفة، رحمه الله، والمزني.

والثاني: لا؛ لأن هذه حجة واحدة، فلا يقوم شخصٌ بطرفيها، كما لو شهد أحد شاهدي الأصل بالفرعية على شهادة آخر.

فإن منعنا ذلك، فلو شهد أربعة على شهادتهما فوجهان: أصحهما: الجواز؛ إذ شهد على كل واحدٍ اثنان، فتعرضهما للثاني ينبغي أن يجعل كالعدم. والثاني: لا؛ لأن من استقل بشق لا تعتبر شهادته في الثاني وليس أحدُ الشقين بالإسقاط بأولى من الآخر.

ولا خلاف أن ما يثبت برجلٍ وامرأتين، فالشهادة على شهادتهما تجري مجرى الشهادة على ثلاثة أشخاص.

فروع: الزنا، إن قلنا: يثبت بالشهادة على الشهادة، فيجتمع في عدد الفرع أربعة أقوال:

ففي قول: يكفي اثنان يشهدان على شهادة الأربعة الأصول. وهو بناء على أن الإقرار بالزنا، يثبت بشاهدين على قول؛ فكذلك الشهادة. وفي قول: لا بد من الأربعة. وفي قول: ثمانية.

وفي قول: ستة عشر، ومنشؤه التردُّد في أصليين: أحدهما: عددُ شهود الفرع. والآخر: عدد شهود الإقرار.

الطرف الخامس: في العذر المرخص لشهادة الفرع وهو الموت، والغيبه والمرض

[والغيبه إلى مسافة القصر ترخص. ودون مسافة العدوى: لا. وفيما بينهما وجهان]^(١) والمرض هو القدر الذي يجوز ترك الجمعة به، وهو ما فيه مشقة، لا ما يمنع معه الحضور. وليس على القاضي أن يحضر دار المريض أو يبعث نائبه إليه؛ فإن ذلك يغضُّ من منصب القضاء وشهادة الفرع قريبٌ؛ ولذلك جازت الرواية من الفرع مع حضور الشيخ. والخوف من الغريم كالمرض.

فروع: ليس على شهود الفرع الثناء على شهود الأصل وتعديلهم عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، بل لو عدلوا، ثبتت العدالة والشهادة جميعاً بشهادتهم، وإلا بحث القاضي عنهم.

وليس عليهم أيضاً أن يشهدوا على صدق شهود الأصل؛ فإنهم لا يعرفون. بخلاف

(١) ما بين المعقوفين مثبت من أصل آخر غير الذي تنسخ منه بالمقابلة مع ط/ دار السلام.

الحالف مع الشاهد، فإنه يعرف صدقه، والله أعلم.

الباب السادس: فى الرجوع عن الشهادة

والنظر فى: العقوبات، والبضع، والمال.

الأول: العقوبات. وللرجوع ثلاثة أحوال:

الأول: أن يكون قبل القضاء، فيمنع القضاء. فإن كان فى زنا، وجب حدُّ القذف. فإن قالوا: غلطنا، ففى وجوب الحد قولان مرتبان على ما إذا نقص عددُ الشهود، وهذا أولى بالإيجاب؛ لأن التحفظ واجبٌ عليهم وهو إلى اختيارهم. فإن حددنا لم تُقبل شهادتهم بعد ذلك إلا بعد التوبة والاستبراء. وإن لم نحدد لم تسقط عدالتهم؛ فتقبل شهادتهم.

ولو رجعوا فى الشهادة وفسقناهم، فعادوا بعد التوبة، وقالوا: كذبنا فى الرجوع، لم تقبل تلك الشهادة أصلاً؛ مواخذةً لهم بقولهم فى الرجوع الأول.

ولو لم يصرح الشاهد بالرجوع، ولكن قال للقاضى: توقف، فيتوقف القاضى. فإن عادوا إلى الشهادة، ففى القبول وجهان؛ لتطرق التهمة بسبب التوقف، والاستمهال للثروى. فإن قلنا: لا يمنع الاستمهال، فهل يجب إعادة تلك الشهادة؟ فيه وجهان.

الحالة الثانية: الرجوع بعد القضاء، وقبل الاستيفاء. وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا تستوفى؛ لأن الحدود تسقط بالشبهات. والثانى: أنه تستوفى كالأموال؛ لأن المحكوم بوجوب قتله كالمقتول. والثالث: وهو الأعدل، أن حقوق الآدميين لا تسقط كأموالهم، وتسقط حقوق الله تعالى.

الحالة الثالثة: الرجوع بعد استيفاء العقوبة. وله صور:

الأولى: أن يقولوا: تعمدنا الكذب مع العلم بأن شهادتنا تقبل، فيلزمهم القصاص عندنا خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله. ولا خلاف أن الدية المغلظة تجب فى مالهم.

ولو رجع معهم ولّى القصاص، وهو الذى باشر، وجب عليه القصاص. وهل يجب على الشهود معه؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ إذ الشاهد، بالشهادة، صار كالممسك مع المباشر. والثانى: يجب؛ لأنهم بالشهادة أهدروا الدم، وأبطلوا العصمة.

والقاضى إذا رجع، شارك الشهود فى القصاص والدية المغلظة. فإن رجع المزكى، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه كالشهود. والثانى: أنه كالممسك. والثالث: أنه يصلح فعله لإيجاب الدية دون القصاص.

الصورة الثانية: إذا قالوا: أخطأنا، فلا قصاص، وقد يُعزّره القاضي، والدية في مالهم. فإن صدقهم العاقلة، ففيه ترددٌ سيأتي. ولو قال بعضهم: أخطأنا، فلا قصاص على المعترف بالعمد؛ لأنه شريك خاطيء. ولو قال كل واحد: تعمدت، وأخطأ شريكي، ففي القصاص وجهان:

أحدهما: لا يجب؛ لأنه إقرار بأنه شريك خاطيء، فلا يجب القصاص عليه بدعوى الشريك العمدية. والثاني: أنه يجب؛ لأن دعواه خطأ الشريك، وهو منكر، لا يدرك عنه قصاص العمد.

الصورة الثالثة: إذا قالوا: تعمدنا ولكن ما عرفنا أنه تقبل شهادتنا، فلا يجب القصاص عند الأكثرين؛ إذ لم يظهر قصدهم إلى القتل مع أن نفس الشهادة ليس تقتل بخلاف ما لو ضرب شخصاً ضرباً يقتل المريض دون الصحيح وجهل كونه مريضاً، فإن الأظهر أنه يجب القصاص؛ ويحتمل فيه وجه من هذه المسألة.

فإن قلنا: لا قصاص لجهلهم، قال صاحب «التقريب»: لتكن الدية موجلة؛ فإنه قريب من شبه العمد.

الطرف الثاني فيما لا تدارك له كالعتق والطلاق

وموجبه الغرم. وفي مقدار ما يجب على الراجع في البضع قبل المسيس وبعده، كلامٌ سبق، ونذكر الآن فرعين:

الأول: لو شهد رجل وامرأتان على العتق مثلاً، فالغرم الواجب، يجب على الرجل النصف، وعلى المرأتين النصف. ولو كانوا عشر نسوة، فليس عليهن إلا النصف؛ إذ نصف البينة قام بالرجل.

أما إذا شهد رجلٌ وعشر نسوة على رضاعٍ محرم أوجب التفريق بين الزوجين، ثم رجعوا بعد التفريق، فيقسم الغرم باثني عشر سهماً، على الرجل سهمان، وعلى كل امرأة سهم، وتنزل امرأتين منزلة رجل؛ لأن هذه الشهادة تنفرد بها النساء، فلا يتعين الرجل بشرط هذه الحجة.

ولو رجع الرجل وست نسوة، فقد أصرَّ أربع نسوةٍ يستقلن بإثبات الرضاع، ففي وجوب شيء على الراجعين وجهان: الصحيح: أنه لا يجب؛ لأن الحجة بعد قائمة. والثاني: أنه يجب على الراجعين بقدر حصتهم.

أما لو رجع معه سبع نسوة: بطلت الحجة، فعلى الوجه الضعيف: عليهم حصتهم،

وهي سبعة من اثني عشر. وعلى الصحيح: إنما بطل ربع الحجة؛ فعليهم ربع الغرم.
 الفرع الثاني: أن شهود الإحصان، هل يُشاركون شهود الزنا في الغرم عند الرجوع؟
 فيه قولان: أحدهما: نعم؛ إذ تم الرجم بهم. والثاني: لا؛ لأنهم ما شهدوا إلا على
 خصال كمال.

وكذا الخلاف في شهود التعليق والصفة، فإن قلنا: يجب، ففي حصتهم وجهان:
 أحدهما: التسوية. والثاني: أنه يجب عليهم الثلث؛ إذ يكفي في الإحصان شاهدان، وفي
 الزنا أربعة. ويتفرع من هذا، أنه لو شهد على الإحصان شاهدان، وعلى الزنا أربعة،
 ورجع أحد شاهدي الإحصان، ففي قول: لا شيء عليه.

وفي قول: يجب السدس، وهو قول التليث. وفي قول: يجب الربع، وهو قول
 التسوية بين الإحصان والزنا. وكذلك يتفرع صور في زيادة الشهود على العدد
 الواجب، وفي رجوع بعض شهود الزنا، ولا يخفى تخريجها، على الأقوال السابقة، على
 متأمل.

الطرف الثالث: فيما يقبل التدارك

كما لو شهدا على عين مال، ورجعا بعد التسليم، فلا يقبل رجوعهما في الاسترداد،
 وفي وجوب الغرم، للحيلولة، قولان:

أحدهما: لا يجب؛ لأنه يتوقع إقرار الخصم، فكيف يغرم والعين قائم، لا كالعناق
 والطلاق اللذين لا تدارك لهما.

والثاني: وهو الأقيس، أنه يجب؛ لأن الحيلولة تنجزت، وإقرار الخصم بعيد. وكذا
 القولان فيمن أقر بدار لزيد، ثم لعمر، وتسلم الدار إلى زيد. وهل يغرم القيمة لعمر؛
 للحيلولة؟ فيه قولان.

فرع: لو ظهر كون الشاهدين: عبيدين، أو كافرين، أو صبيين: انتقض القضاء وبان
 أنه لا طلاق ولا عناق، وكذا إن كانا فاسقين. وقلنا: ينقض القضاء. وإن كان ذلك
 أمراً لا يتدارك، كقتل، فيجب الغرم على القاضي بخطئه. وعمله ماله، أو بيت المال؟ فيه
 قولان. ولا يرجع على الصبيين؛ لأن التقصير من جهته، إذ لم يبحث. ولا على
 الفاسقين؛ فإنهما معذوران في كتمان الفسق. وهل يرجع على العبيدين والكافرين؟ فيه
 قولان، «ذكرنا تفصيلهما» في كتاب «ضمان الولاية»^(١).

* * *

(١) ما بين علامات التنصيص مصوب من أصل آخر.

كتاب الدعوى والبيّنات

وجامع الخصومات يحويها خمسة أركان: الدعوى، والإنكار، واليمين، والنكول، والبيّنة.

الركن الأول: الدعوى

ونقدم عليها مقدمة في بيان من يحتاج إلى الدعوى. فنقول: من له حق عند إنسان، فلا يخلو: إما أن يكون عيناً، أو عقوبة، أو ديناً.

أما العين، فله أن ينتزعه من يده، إن قدر عليه، قهراً إذا كان لا يؤدي ذلك إلى تحريك فتنة.

وأما العقوبة، فلا يستقل باستيفائها أصلاً دون القاضي؛ لما فيه من الخطر.

وأما الدين، فإن كان على معترف مُماطل أو مُنكر يُمكن رفعه إلى القاضي، فلا يجوز الانفراد باستيفائه؛ إذ لا يتعين حقه من الدين إلا بتعيين من عليه، أو بتعيين القاضي. فإن تعذر رفعه إلى القاضي لتعززه، أو تواريه، أو هربه، فإذا ظفر بجنس حقه، فله أن يأخذه ويتملكه مُستبدّاً. فإن ظفر بغير جنس حقه، ففي جواز الأخذ قولان: أحدهما: نعم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام، لهند: «خُذِي ما يكفيك وولديك بالمعروف»^(١). ولم يُفَرّق بين الجنس وغيره.

والثاني: لا؛ لأنه كيف يملك وليس من جنس حقه؟ وكيف يبيع ملك غيره بغير إذنه؟.

فإن قلنا: يأخذ، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: وهو القول المشهور، أنه يرفع إلى القاضي حتى يبيع بجنس حقه. ولم يذكر القفال غير هذا. والثاني: أنه ينفرد ببيعه كما ينفرد بالتعيين في جنس حقه، فإن هذه رخصة. ولو كلف ذلك كلفه القاضي البيّنة، وربما عُسّر عليه. والثالث: أنه يملك منه بقدر حقه، ولا معنى للبيع. وهذا بعيد في المذهب وإن كان متجهاً.

فإن قلنا: يبيع، فإن كان حقه نقداً باع بالنقد. وإن كان حنطة أو شعيراً، قال القاضي: يبيع بالنقد، ثم يشتري به الحنطة فإنه كالوكيل المطلق لا يبيع بالعرض. وقال غيره، وهو الأصح: يبيع بجنس حقه ولا معنى للتطويل.

(١) سبق تخريجه في كتاب النكاح.

هذا كله فيمن له بيئة، فإن لم يكن، وعلم أنه لو رفعه إلى القاضي لجدد وحلف، فكللام القفال في تكليفه بالرجوع إلى القاضي، في البيع وإقامة البيئة، يُشعر بأنه لا يأخذ شيئاً، وإنما له حق التحليف فقط. ولا يبعد عندي أن يجوز له الأخذ إذا ظفر به؛ لأن المقصود إيصال الحق إليه إذا تعذر.

فروع: الأول: لو تلفت العين المأخوذة قبل بيعه، فهي من ضمانه، وليس له الانتفاع به قبل البيع، وعليه مبادرة البيع. فلو قصر فنقصت القيمة، كان محسوباً عليه. وما ينقص قبل التقصير فليس عليه. والزيادة على مقدار حقه في ضمانه؛ لأنه مُتعد في أخذها إلا إذا كان حقه خمسين، ولم يظفر إلا بسيف يساوي مائة، ففي دخول الزيادة في ضمانه وجهان: أحدهما: نعم كالأصل. والثاني: لا يضمن؛ لأنه لم يأخذ بحقه، فكان معذوراً فيه، بل قال القاضي: لو احتاج إلى نقب حداره، فليس عليه ضمان النقب؛ إذ به يتوصل إلى حقه.

الفرع الثاني: لو كان حقه صحاحاً، فظفر بالمكسور، جاز له أن يملكه ويرضى به. ولو كان بالعكس فلا يملكه ولا يبيعه بالمكسر مع التفاضل؛ لأنه رباً، بل يبيع بالدنانير، ويشترى به قدر حقه. ويخرج جواز أخذه على القولين؛ لأنه إذا احتاج إلى البيع، فهو كغير جنس حقه. ومنهم من قال: هو كجنس حقه، ولكن لا بد من البيع؛ للضرورة.

الفرع الثالث: إذا استحق شخصان، كل واحد منهما على صاحبه ما لا يحصل فيه التقاص إلا بالتراضي، فجدد أحدهما، فهل للآخر أن يجدد حقه؟ فعلى وجهين يلتفتان إلى الظفر بغير جنس حقه.

هذه هي المقدمة، رجعنا إلى الركن الأول، وهي الدعوى. والأصل فيها قوله ﷺ: «البيئة على المدعى، واليمين على من أنكر»^(١) وفي حده قولان: أحدهما: أن المدعى هو

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه: البيهقي (١٢٣/٨)، والدارقطني (٢١٨/٤)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢٣١٢/٦).

والأصل الصحيح في هذا الباب عن علقمة بن وائل، عن أبيه، قال: جاء رجل من حصر موت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي. فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق. فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: «ألك بيئة؟» قال: لا. قال: «فلك بيمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر، لا يبالى على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك إلا ذلك»، فانتطق ليحلف. فقال رسول الله ﷺ: «لما أدبر: وأما نحن حلف على ماله ليأكله ظلماً، ليلقين الله وهو عنه معرض». أخرجه البخاري (٦٠/٣)، ومسلم (الإيمان ٢٢٣)، وأبو داود (٣٢٤٣، ٣٢٤٥).

الذى يُخلَى وسكوته. والثانى: أنه الذى يدعى أمراً خفياً على خلاف الأصل.

ويظهر أثر هذا فى الزوجين إذا أسلما قبل المسيس، فقال الزوج: أسلما معاً؛ فالنكاح دائم. وقالت: بل على التعاقب. فالقول قولها، إن قلنا: إن المدعى هو الذى يدعى أمراً خفياً؛ فإن الأغلب التعاقب فى الإسلام، والتساوق خفى. وإن قلنا: إنه الذى يُخلَى وسكوته، فهى مدعية؛ فالقول قول الزوج؛ لأنه الذى لا يُخلَى وسكوته، وقد قال مالك، رحمه الله: لا تسمع الدعوى من لا معاملة بينه وبين المدعى عليه. وهو ضعيف.

وقال الإصطخرى: لا تسمع دعوى الخميس على الشريف فى تزويج ابنته، ولا تسمع أيضاً دعوى فقير على سلطان، أو على أمير أنه أقرضه مالاً. وهو ضعيف أيضاً. ولا خلاف عندنا أن المودع إذا ادعى رد الوديعة، صدق بيمينه؛ وسببه الحاجة، فإن المودع اعترف بأنه أمينه، فلزمه تصديقه. وإذا ثبت أن حكم الدعوى توجه اليمين بها على المدعى عليه، فلا بد من دعوى صحيحة، وهى الدعوى المعلومة الملزمة، ويخرج على الوصفين مسائل:

الأولى: أنه من يدعى على غيره هبة أو بيعاً لم تسمع؛ إذ ربما تكون قبل القبض، ويكون البيع مع الخيار، بل ينبغي أن يقول: ويلزمك التسليم لى، فيحلف المدعى عليه أنه لا يلزمه التسليم. وكذلك من قامت عليه البينة بملك، فليس له أن يحلف المدعى مع البينة، إلا أن ينشئ دعوى صحيحة، كدعوى بيع أو إبراء. ولو ادعى جرح الشهود؛ فعليه البينة. وهل له تحليف المدعى على نفى العلم بفسقهم؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ إذ ليس يدعى حقاً لازماً. والثانى: أنه يسمع؛ لأنه ينتفع به فى حق لازم كما لو قذف ميتاً وطلب الوارث الحد، فإن له أن يطلب يمين الوارث على نفى العلم بزنا المقتوف. وكذا يجرى الوجهان فيما لو ادعى على إنسان إقراراً بحق، لأن الحق لا يستحق بالإقرار، ولكن ثبوته يوجب الحق ظاهراً، ففى التحليف به وجهان، وكذلك إذا قال، بعد قيام البينة: قد أقر لى بهذا. وكذلك إذا توجه اليمين على المدعى عليه، فقال: قد حلفنى به مرة، وأراد أن يحلفه عليه، ففى سماع هذه الدعاوى وجهان. مأخذهما: أن

= (٣٦٢٣، ٣٦٢١)، وأحمد (٤٢٦/١، ٢١١/٥، ٢١٢، ٣٧٩)، والبيهقى (١٣٧/١٠، ١٤٤، ١٧٩، ١٨٠، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٦١)، والدارقطنى (١١٢/٤)، والطبرانى (٣٠٩/٥)، والهيثمى فى مجمع الزوائد (٢٠٢/٤)، والمسيوطى فى الدرر (٤٤/٢)، والتبريزى فى مشكاة المصابيح (٣٧٦٤)، والبغوى فى شرح السنة (١٠١/١٠)، وابن حجر فى فتح البارى (١٧٨/١٣).

ما ليس عين الحق، ولكن ينفع فى الحق، فهل تسمع الدعوى به؟.

ولا خلاف أنه لا تسمع الدعوى على الشاهد والقاضى بالكذب، ولا يتوجه الحلف، وإن كان ينفع ذلك؛ لكن يؤدى فتح بابه إلى فسادٍ عظيم عام.

المسألة الثالثة: لو قال المدعى عليه، وقد قامت عليه البينة : أمهلونى؛ فإن لى بينة دافعة حتى أحضرها. قال الأصحاب: يُمهّل ثلاثة أيام. وقال القاضى: بل يومٌ واحد؛ لأنه يُشبه أن يكون مُتعتّاً.

ولو قال: أبرأنى عن الحق؛ فحلفوه: سُمع، فيحلف المدعى أولاً، ثم يُستوفى. وقال القاضى: بل يُستوفى أولاً ثم يحلف؛ لأن هذه خصومةٌ جديدة. وهو بعيدٌ. نعم، لو قال: لى بينة على بيعه منى أو على الإبراء، فيجوز أن يُقال: هذا يحتاج إلى مهلة فلا يمهّل، أما التحليف فى الحال فيمكن، فكيف يُؤخّر؟ ولو قال: أبرأنى عن الدعوى، فهذا لا يُسمع؛ إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى إلا الصلح على الإنكار. وهو فاسد. وقال الإصطخري: يُسمع.

الثالثة: فى الدعوى المطلقة وفى البيع والنكاح نصوصٌ مختلفةٌ. وحاصدها فى البيع قولان، وفى النكاح ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا بد من التفصيل بذكر الولى والشاهد ورضاها. ولا خلاف أنه لا يُشترط انتفاء الموانع المفسدات: من الرّدة، والعدة، والرضاع. والثانى: أنه يكفى دعوى النكاح. ولا خلاف أن من ادعى ديناً أو عيناً لا يلزمه ذكر الجهة والتفصيل. والثالث: أنه إن ادعى النكاح، فلا بد من التفصيل. وإن قال: هى زوجتى، فلا يحتاج إليه. ولا خلاف أن القصاص لا بد من تفصيل الدعوى فيه؛ لأن أمر العقوبة مخطر.

التفريع: إن قلنا: يجب التفسير؛ فيذكر فى البيع أهلية العاقد ورضاه والتمن. وإن قلنا: لا يُشترط، فهل يجب التقييد بالصحة؟ فيه وجهان. والأصح: أنه يشترط؛ لأنه لفظٌ جامعٌ. ويجب القطعُ باشتراطه فى النكاح. وحيث يُشترط تفصيل الدعوى، فكذلك الشهادة؛ لأنها تصديق الدعوى، فتبنى عليها. والأظهر: أنه لا يشترط التفصيل فى إقرار المرأة بالنكاح.

الرابعة: دعوى الزوجية من المرأة، إنما تُسمع إذا ذكرت النفقة أو المهر. فإن ذكرت مجرد الزوجية ففي سماعها وجهان: أحدهما: لا؛ إذ الزوجية حقٌ عليها، فكأنها تدعى أنها رقيقة، فليست دعوى مُلزمة. والثانى: أنه تُسمع؛ إذ الزوجية تتعلق بها حقوقها إذا ثبتت.

فإن قلنا: نسمع، فهل تبطل بمجرد إنكار الزوج؟ فيه وجهان. مأخذهما: أن الإنكار هل هو طلاق؟ ويتبين أثره في أنه لو قال: غلطت في الإنكار، هل تسلم الزوجة إليه؟ فيه خلاف، وقال القفال: تسلم إليه كما لو ادّعت انقضاء العدة قبل الرجعة، ثم قالت: غلطت؛ إذ لا خلاف أنه تُسمع وإن كان لها حظ في النكاح. وهو جار في كل من أنكر لنفسه حقاً، ثم عاد وادعاه.

الخامسة: إن رأينا عبداً في يد إنسان، وادعى أنه حرُّ الأصل، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرق، وكونه في يده وتصرفه لا يوجب تصديقه؛ لأن الحرية تدفع اليد. نعم، يجوز للمشتري أن يعتمد اليد في الشراء مع سكوت العبد. أما مع تصريحه بالإنكار، فلا. وقال الشيخ أبو محمد: لا يجوز مع السكوت، بل ينبغي أن نسأله حتى يُقر ثم يشتري.

وإن ادعى الإعتاق، فالقول قول السيد. أما الصغير المميز إذا ادعى الحرية، هل تُسمع دعواه؟ فيه وجهان يلتفت على صحة إسلامه ووصيته، وقد قال الشافعي: «إن الصغير الذي لا يتكلم كالثوب» معناه أنه لا يزال في يده إذا قال: هو عبدى، ويُشتري منه بقوله. فإن أسقطنا دعوى المميز، فبلغ وعاد، ففي القبول وجهان: أقيسهما: أنه تُقبل. والثاني: لا؛ إذ حكمنا عند دعواه بالملك بناءً على اليد والتصرف وسقوط الدعوى.

السادسة: الدعوى بالدين المؤجل، فيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا تسمع؛ إذ ليست مُلزمة في الحال. والثاني: تُسمع؛ إذ تُثبت أصل الحق للزوم في الاستقبال. والثالث: أنه إن كانت له بينة، فتسمع للتسجيل، وإلا فلا.

أما دعوى الاستيلاد، والتدبير، وتعليق العنق بصفة. فتقبل على الصحيح. ومنهم من خرج ذلك على الدين المؤجل.

السابعة: لو ادعى شيئاً، ولم يذكر ما هو، فالدعوى فاسدة؛ إذ طلبُ المجهول غير ممكن. ولو دفع ثوباً يساوى خمسة إلى دلال؛ لبيع بعشرة، فحجده ولم يدر المالك أنه باع أو أتلف، فقال: ادّعى عليه ثوباً، إن باعه فلي عليه عشرة، وإن كان باقياً فلي عليه عين الثوب، وإن كان تالفاً فلي عليه خمسة. قال القاضي: اصطلاح القضاة على قبول هذه الدعوى المرددة؛ للحاجة. ومن الأصحاب من قال: ينبغي أن يدعى هذا في دعاوى مفردة. ثم إذا عيّن واحداً رآه أقرب، فتكل، فهل له أن يستدل بنكوله ويحلف كما يستدل بخط أبيه ويستفيد به ظناً؟ فيه وجهان. وكذا في المودع إذا نكل عن يمين التلف، فهل يحل الحلف؟ استدلالاً بنكوله؟ فيه خلاف.

الركن الثاني: جواب المدعى عليه

وهو إنكار، أو سكوت، أو إقرار. أما السكوت، فهو قريب من الإنكار، وأما الإقرار فلا يخفى حكمه، وقد ذكرنا إقرار المرأة بالنكاح فى كتاب «النكاح»، ونذكر الآن مسائل:

الأولى: لو قال: لى من هذا الكلام مخرج، فليس بإقرار، خلافاً لابن أبى ليلى؛ فلعل مخرجه الإنكار. ولو قال: لفلان على أكثر مما لك، فيحتمل الاستهزاء، وليس بإقرار. ولو قال: الشهود عدول، فليس بإقرار؛ إذ العدل قد يغلط.

الثانية: لو قال: لى عليك عشرة. فقال: لا تلزمنى العشرة، فيلزمه أن يقول: ولا شىء منها، ويكلفه القاضى ذلك فى الإنكار واليمين؛ لأن مدعى العشرة، مدّع لجميع أجزائها، وقال القاضى: لا يكلفه ذلك فى الإنكار، وإنما يكلفه فى اليمين. ثم إن اقتصر فى اليمين على نفى العشرة وأصر عليه، فهو ناكل عما دون العشرة بأقل القليل؛ فللمدعى أن يحلف على ما دون العشرة؛ إذ لم يسند العشرة إلى قبول عقد؛ فإن المرأة إذا ادعت أنه نكحها بخمسين، وأقر بالنكاح، وأنكر الخمسين ونكل، فليس لها الحلف على ما دون الخمسين؛ لأنه يناقض دعوى الخمسين.

الثالثة: لو قال: مزقت ثوبى، فلى عليك الأرض، فيكفيه أن يقول: لا يلزمنى الأرض، وليس عليه الجواب عن التمزيق؛ فلعله جرى بحيث لا يوجب الأرض. ولو أقر به لطلب بالبينة. وكذلك من ادعى عليه دين وكان قد أداه، فيكفيه أن يقول: لا يلزمنى التسليم. وكذا إذا ادعى عينا؛ لأنه ربما كان عنده رهناً أو إجارة، فيكفيه أن يقول: لا يلزمنى التسليم.

فلو أقام المدعى بينة على الملك، قال القاضى: يجب التسليم. وهذا مُشكلٌ من حيث إن له أن يقول: صدق الشهود فى الملك، ولا يلزمنى التسليم. وهذا يلتفت على أنه لو صرح بأنه فى يدى بإجارة، فالقول قول صاحب اليد، أو قول المالك؟ وفيه خلاف. فإن قلنا: القول قول المالك؛ فيلزمه أن يُقيم بينة على رهن أو إجارة إن كان يدعيه. وقال الفورانى: طريقه أن يقول فى الجواب: إن كنت تدعى مطلقاً، فلا يلزمنى التسليم. وإن كنت تدعى جهة رهن، فاذكره حتى أجيب. وكذا يقول: إن ادعت الدين الذى لى به مالٌ مرهون، فحتى أجيب. وقال القاضى: لا يُسمع هذا الجواب المردد، ولكن له أن ينكر الدين، إن أنكر هو الرهن، وهذا بناء على مسألة الظفر بغير جنس الحق.

الرابعة: إن ادعى ملكاً فى يد رجل، فقال المدعى عليه: ليس لى ولا لك، فله ثلاثة

أحوال:

الأولى: أن يضيف إلى ثالث حاضر؛ فنحضره، فإن صدقه، انصرفت الدعوى إليه، وللمدعى أن يحلف الأول، إن قلنا: إنه لو أقر له، غرم له بحيلولته بالإقرار للثالث. وإن قلنا: لا يغرم وإن أقر؛ فلا معنى لتحليفه.

أما إذا حضرناه، فقال: ليس هو لي، ففيما يفعل بالمال ثلاثة أوجه: أضعفها، أنه يسلم إلى المدعى؛ إذ لا طالب له سواه. والثاني: أنه يأخذه القاضي، ويتوقف إلى ظهور حجة ويحفظه. والثالث: هو أن يترك في يد صاحب اليد؛ فإنه أقر للثالث، وبطل إقراره برده؛ فصار كأنه لم يُقر.

ثم المقر له، لو رجع بعد ذلك، وقال: غلطت، هل يُقبل؟ فيه وجهان. وإن رجع المقر، وقال: بل كانت لي، وغلطت، ففي رجوعه وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يُقبل؛ لأنه نفى الملك عن نفسه. وهذا إذا لم تزل يده، فإن أزلناه فلا أثر لرجوعه.

الحالة الثانية: إذا أضاف الدار إلى غائب، قال العراقيون: انصرفت الخصومة إلى الغائب؛ فليس له أن يحلفه إلا لأجل الغرم على قولنا: يغرم بالحيلولة إن أقر للثاني. وقال الشيخ أبو محمد والفوراني: بل يحلف؛ لتنزع الملك من يده باليمين المردودة؛ إذ لو فتح هذا الباب، صار ذريعة بعد انقطاع سلطنته. ويجرى هذا الخلاف في كل من نفى عن نفسه شيئاً ورجع مهما لم يُقر به لغيره، أو أقر ولكن رد إقراره بالتكذيب.

فإن قلنا: إنه يُقبل رجوعه؛ فللمدعى أن يحلفه، فعساه يرجع ويقر له.

وإن قلنا: لا يصح رجوعه؛ فلا معنى لتحليفه إلى إسقاط الدعوى بالإضافة إلى غائب لا يرجي رجوعه. نعم، الغائب إذا رجع، فالدار مردودة إليه، وعلى المدعى استئناف الخصومة معه.

فإن كان للمدعى بيّنة، سلمت الدار إليه مع اليمين؛ لأنه قضاء على الغائب عند العراقيين، وعند الشيخ أبي محمد هو قضاء على الحاضر؛ فلا يحتاج إلى اليمين.

أما إذا كان لصاحب اليد بيّنة على أنه للغائب، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا تُسمع إلا أن يُثبت وكالة نفسه. والثاني: أن البيّنة تُسمع؛ لا لإثبات الملك الغائب، ولكن ليقطع التحليف والخصومة عنه. والثالث: اختاره القاضي: أنه إذا ادعى لنفسه علقه من ودیعة أو عارية، سُمعت، وإلا فلا.

ثم إن سمعت البيّنة لثبوت الوكالة، وكان للمدعى بيّنة، قدم بيّنة الوكيل؛ لأجل

اليد. وإن سمعنا دون الوكالة، فبيّنة المدعى أولى؛ فإنه لم تسمع إلا لصرف اليمين عنه، ولذلك يجب على الغائب إعادة البيّنة ولا يُغنيه ما أقامه صاحبُ اليد.

لكن إذا رجع الغائب؛ جعلناه صاحب اليد، حتى إن كانت له بيّنة، قدمت على بيّنة المدعى، ويكتب في سجل المدعى: أن الغائب على حجته وعلى يده مهما عاد.

فرعان: أحدهما: من قال: لا تُسمع البيّنة دون الوكالة، فلو ادعى لنفسه رهناً أو إجارة، ففى سماع البيّنة وجهان، فإن قلنا: تسمع، ففى التقديم على بيّنة المدعى وجهان. والأظهر: أنه لا تقدم؛ لأنه إنما أثبت إجارته ورهنه بعد ثبوت ملك الغائب، فإذن لا تؤثر بيّنته إلا فى صرف الخلف عنه.

الثانى: إذا ثبت ملك الغائب بيّنته بعد رجوعه، لكن بعد إقرار صاحب اليد للمدعى، فليس للمدعى تحليف المقر ليغرمه، فإن الحيلولة وقعت بالبيّنة. وكذلك لو أقر للغائب أيضاً بعد الإقرار للمدعى، لا يغرم للمدعى؛ إذ رجوعه إلى الغائب بالبيّنة لا بإقراره.

الحالة الثالثة: أن يقول: ليس لى، وليس يُضيفه إلى معين. أو قال: هو لرجل لا أسميه، فالمذهب: أن الخصومة لا تنصرف عنه بهذا الإقرار فيحلف، وإن نكل حلف المدعى وأخذ. ومنهم من قال: يأخذ القاضى عنه ويكون موقوفاً إلى أن تظهر حجة ويبقى تحليف المدعى صاحب اليد لأجل التغريم.

أما إذا أضاف إلى صبيٍّ أو مجنون، انصرفت الخصومة إلى وليهما ولكن لا حاجة لتحليف المولى، ولا لتحليف الصبي، لكن يؤخر إلى بلوغه إلا أن يكون للمدعى بيّنة، فيحكم بها. وكذلك لو قال: هذا وقفٌ على ولدى، أو على الفقراء، انصرفت عنه الخصومة، ولا يبقى إلا التحليف للتغريم.

المسألة الخامسة: إذا خرج المبيعُ مُستحقاً بيّنة، رجع المشتري على البائع بالثمن إن لم يصرح فى إقراره بالملك للبائع. فإن صرح وقال: هذا ملكى، اشتريته من فلان. وكان ملكه، ففى الرجوع وجهان: أحدهما: أنه لا يرجع؛ مؤاخذاً له بقوله، فإنه زعم أن المدعى هو الظالم. والثانى: وهو الأصح: أنه يرجع، مهما قال: إنما قلتُ ذلك على رسم الخصومة.

أما إذا ادعى جاريةً، وأقام بيّنة، وأخذها واستولدها، ثم كذب نفسه: فعليه المهرُ للمقر له وتلزمه قيمة الولد؛ لأنه انعقد حرّاً فلا تزول الحرية برجوعه. وكذلك يلزمه

قيمة الجارية؛ إذ ثبت لها علة الاستيلاء، فلا تبطل برجوعه.

فلو صدقته فالظاهر: أن تصديقها لا يُسقط علة الاستيلاء. وفيه وجه: أنه يرد الجارية؛ لأن الحق لا يعدوهم وقد تصادقوا.

السادسة: جواب دعوى القصاص على العبد بطلب من العبد لا من السيد. وجواب دعوى أرض الجناية بطلب من السيد لا من العبد؛ لأن إقرار العبد لا يقبل. نعم، إن قلنا: يتعلق الأرض بذمته، فيحلف. فإن نكل وحلف المدعى: لم يتعلق بالرقبة؛ لأن اليمين المردودة، إن كانت كالبينة فلا تتعدى إلى غير المتداعيين. وفيه وجه: أنه يتعلق بالرقبة إذا جعلناه كالبينة.

الركن الثالث: اليمين

والنظر في: الحلف، والمحلف عليه، والخالف، وحكم الحلف، وفيه أطراف:

الطرف الأول: في الحلف: وصورته مشهورة. والتغليظ يجري فيه في كل ماله خطر مما لا يثبت برجل وامرأتين. ويجرى في عيوب النساء؛ لأن ثبوتها بقول النسوة للحاجة، لا لنقصان الخطر. وأما المال فلا يجري التغليظ في قليله، ويجرى في كثيره، وهو ما يساوي نصاب الزكاة: إما مائتي درهم، أو عشرين ديناراً. وأجروا التغليظ في الوكالة وإن كانت على درهم؛ لأنها سلطنة في نفسها.

ولو ادعى على مولا العتق وقيمته دون النصاب، فلا تغليظ على سيده؛ إذ يثبت لنفسه ملكاً حقيراً. فإن نكل غلظت اليمين المردودة على العبد؛ لأنه يثبت العتق. وفيه وجه: أنه تغلظ على السيد أيضاً؛ لاستواء الجانبين ولأن نفي العتق كإثباته. وهو بعيد.

وكيفية التغليظ، قد ذكرناه في اللعان وهو بالمكان، والزمان، وزيادة اللفظ، كقوله: والله الذي لا إله إلا هو الطالبُ الغالبُ.

فإن امتنع الخالف عن المغلظة، فهل يجعل ناكلاً عن أصل اليمين؟ فيه اضطراب نصوص. ويرجع حاصلها إلى أربعة أوجه ذكرناها في اللعان: أحدها: أن جميعها مُستحق. والثاني: أن الجميع مُستحب. والثالث: أنه لا استحقاق إلا في المكان. والرابع: إلحاق الزمان بالمكان.

ثم قال الشافعي، رضى الله عنه: رأيت بعض الحكام يستحلف بالمصحف، فاستحسن ذلك.

وتغليظ الذمي بحضور كنائسهم، وعلى المحوسى بحضور بيت النيران. وفيه وجه: أنه

لا يحضر بيت النيران كما لا يحضر بيت الأصنام؛ إذ لم يثبت حرمتها في الكتاب.

التفريع: إن قلنا: إن التغليظ مستحق، فلو امتنع فهو ناكل، ولا يغنيه قوله: حلفت بالطلاق أن لا أحلف يمينا مغلفة. إذ يقال: انكل، أو احلف وليقع طلاقك. وكذلك يجب على المخدرة حضور المسجد للتحليف تغليظاً وإن لم يلزمها الحضور بحجوب الدعوى. وإن قلنا: إنه مستحب فلا يلزمها ذلك.

وأما وقت اليمين، فهو بعد عرض القاضي؛ فما يُبادر إليه قبل عرض القاضي لا يُحسب، ويعاد عليه.

وشرطه: أن يطابق الإنكار، ويكون الإنكار على مطابقة الدعوى؛ فما لا يكون كذلك لم يحسب.

الطرف الثاني في المحلوف عليه: وفيه مسائل:

أحدها: أنه يحلف على البت في كل ما ينسبه إلى نفسه من نفى وإثبات. وما ينسبه إلى غيره من إثبات، كبيع وإتلاف، فيلزمه البت.

وأما النفي، كنفى الدين، والإتلاف عن المورث الميت، فيكفيه الحلف على نفى العلم. ولو نفى عن عبده ما يُوجب أرش الجناية، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يلزمه البت كالمورث. والثاني: أنه يلزمه؛ لأن عبده كأعضائه، وهو مُطلع عليه. ويلتفت هذا على أنه هل يتعلق بذمة العبد؟ فإن تعلق بذمته، فقد صار شخصاً مستقلاً لا كالبهيمة، فإنها إذا أُلْتُفت ما ينسب صاحبها إلى تقصير، فالظاهر: أنه يلزمه البت.

ثم يجوز له أن يبت بظن يستفيده من خط أبيه، وخط نفسه، ونكول خصمه كما سبق.

الثانية: أن اليمين على نية المستحلف وعقيدته: أما النية، فهو أن التورية على خلاف رأى القاضي لا تنفع. وكذلك لو قال عُقِيبَ اليمين: إن شاء الله، ولم يسمع القاضي، انعقدت اليمين فاجرة مؤثمة، لأن هذا باب، لو فتح بطلت الأيمان. ولو سمع القاضي الاستثناء لم ينعقد اليمين، وعليه الاستعادة؛ فإنه لم يحلف بعد.

وأما العقيدة، فهو أن الحنفي يُحلف الشفعوى على نفى شفعة الجوار، فلا يحل للشفعوى أن يحلف على أنه لا يلزمه بتأويل مذهب نفسه، بل يأثم، وتنعقد اليمين كاذبة؛ لأنه قد لزمه في الظاهر كما ألزمه القاضي. وهل يلزمه في الباطن؟ فيه خلاف. وذكر صاحب التقریب وجهًا ثالثًا: وهو أن القضاء ينفذ في محل الاجتهاد باطنًا على

العوام، فإن كان المحلوف عليه مجتهداً لم ينفذ عليه، فكأنه لا يؤثمه إذا حلف بموجب اعتقاد نفسه. وهذا بعيد، بل الاعتقاد كالاتجاه، وينبغي أن يُنظر إلى عقيدة القاضى.

الثالثة: إذا لم يطلب المدعى الحلف، ولكن قال: لى بيته، لكن أريد كفيلاً فى الحال. فلا يلزمه بالاتفاق، ولكن قد جرى به رسم القضاء.

ولو شهد شخصان ولم يعدلا: لزمه الكفيل بالبدن. فإن امتنع، حبس لأجل الكفالة، لا لأجل الحق؛ لأنه ربما يهرب؛ فالحاجة تمس إليه.

الطرف الثالث: فى الخالف: وهو كل مكلف توجه عليه دعوى صحيحة فى حق؛ فيحلف فى الإيلاء، والطلاق والرجعة، والظهار، والولاء، والنسب. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يقضى بالنكول فى هذه المسائل؛ فلا تعرض اليمين فيها.

ولا يجرى التحليف فى عقوبات الله تعالى؛ إذ لا مدعى فيها. ولا يجوز تحليف الشاهد والقاضى. إذ نسبتهم إلى الكذب دعوى فاسدة تجر فساداً عظيماً. نعم، يجوز الدعوى على القاضى المعزول فيحلف عليه.

ومن ادعى أنه صبي، وهو محتمل، لم يحلف، بل ينتظر بلوغه. وإن قال: أنا بالغ، صدق ولم يحلف أيضاً، وكذلك الوصى لا يحلف على نفى الدين عن الموصى؛ لأنه لو أقر لم يقبل قوله. وكذا لا يحلف الوكيل الخصم، المنكر لو كآله، على نفى العلم بالوكالة؛ لأنه - وإن علم - فلا يجب التسليم إليه؛ لأن الموكل ربما جحد وكآله. وله أن يحلف الوكيل على نفى العلم بأنه ما عزله ولا مات.

وسيل الوكيل فى مجلس الحكم أن يحضر الخصم، ويقول: أستحق مخاصمتك. فإن كان قد وكله موكله فى مجلس الحكم، لم يفتقر إلى حجة. وإن وكله فى الغيبة، وأراد الوكيل إثباته على الخصم بالحجة: جاز. وإن أراد إثباته فى غير وجه الخصم، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه يُثبت حق نفسه. والثانى: لا؛ فإنه حق على الخصم.

الطرف الرابع: فى حكم اليمين: وفائدته - عندنا - قطع الخصومة فى الحال؛ فلا يحصل بها براءة الذمة، بل يجوز للمدعى إقامة البينة بعده، وسواء كانت البينة حاضرة أو غائبة. وقال ابن أبى ليلى: لا يجوز للمدعى. وقال مالك: إن كانت البينة حاضرة لم يجز. ونحن نقول: لعله تذكر وعرف الآن.

فلو قال أولاً: لا بينة لى، حاضرة ولا غائبة، فقد ذكرنا فيه وجهين. أما إذا قال: كذب شهودى، بطلت البينة. وفى بطلان دعواه وجهان، والأصح: أنه لا تبطل؛ فلعله

أراد أنهم قالوا: من غير علم. فإن قلنا: لا تبطل، فلو أنه ادعى عليه الخصم إقراره بكذب الشهود، وأقام شاهداً، وأراد أن يحلف معه: لم يجوز؛ إذ ليس مضمونه إثبات مال، بل الطعن في الشهود. وإن قلنا: تسقط الدعوى قبل؛ لأن المقصود ببطال الدعوى بمال.

فرع: إذا امتنع عن الحلف، وقال: حلفني مرةً على هذه الواقعة؛ فليحلف على أنه ما حلفني: ففي لزوم ذلك وجهان؛ لأنه ليس يدعى حقاً. وقال الفوراني: له ذلك. فلو ادعى أنه حلفني مرةً على أني ما حلفته، فليحلف على أنه ما حلفني، قال: لا يجاب إليه؛ لأن ذلك يتسلسل إلى غير نهاية. ويمثل هذا حسم الباب من حسم، ولم يسمع هذه الدعوى من غير بينة.

الركن الرابع: في النكول^(١)

ولا يثبت الحق على المنكول بنكوله، بخلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، بل حكم النكول رد اليمين على المدعى، وبطلان حق الناكل عن اليمين حتى لا يعود، ولكن إنما يبطل حقه إذا تم النكول، وإنما يتم بصريح قوله: لا أحلف، وأنا ناكل، فبعد ذلك لا يعود. ولا حاجة هاهنا إلى قول القاضي: قضيت بالنكول. أما إذا سكت - بعد عرض اليمين - فيحتاج إلى القضاء.

وحق القاضي أن يعرض اليمين عليه ثلاثاً ويُنبيهه أن حكم النكول استيفاء الحق بيمين المدعى، فربما لا يعرف ذلك. فإذا فعل ذلك، وقال: قضيت بنكوله، لم يمكنه الحلف بعد ذلك، وكذلك لو قال المدعى: أحلف، فهو كالقضاء. ولو أقبل على المدعى بوجهه - وقبل أن يقول: احلف - رجع الناكل، فهل له اليمين؟ فيه وجهان.

ولو لم ينبهه على حكمه، وقضى بنكوله، فقال الناكل: كنت لا أعرف حكم النكول، فالظاهر أن الحكم نفذ، وفيه احتمال.

وحيث منعه من اليمين، فلو رضى المدعى بأن يحلف، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز؛ إذ الحق لا يعدوهما. الثاني: المنع؛ إذ بطل حق الحلف بالقضاء؛ فلا يؤثر الرضا.

ثم إذا ثبت النكول، ورد اليمين على المدعى، فله حالتان:

(١) النكول: نكل عن الأمر، نكولاً: حين ونكص، نكصاً، ونكوصاً: رجع إلى الحلف، ونكص على عقيبه: رجع عما كان قد اعتزمه وأحجم عنه. يقال: نكل عن العدو، ونكل عن اليمين. والناكل: الحبان الضعيف. واصطلاحاً: الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي. انظر: للمعجم الوسيط (٢/٩٥٢، ٩٥٣)، ومعجم لغة الفقهاء (ص ٤٨٨).

إحدهما: النكول؛ فإن نكل صريحاً، وقال: لا أحلف، كان نكوله كحلف المدعى عليه؛ فلا يُمكن من العود إلى اليمين بعد ذلك، بل لا تُسمع دعواه إلا ببيّنة. فإن استمهل، أمهلناه ثلاثاً؛ ليراجع الحساب ولا يُمهل المدعى عليه؛ لأن المدعى على اختياره فى: طلب الحق، والمدعى عليه لا خيرة له. وكذلك إذا أقام شاهداً واحداً واستمهل للحلف معه، أمهلناه. ولو نكل، حكمنا بنكوله؛ ولا يُقبل بعد ذلك إلا ببيّنة كاملة. ومن أصحابنا من قال: لا يحكم بنكول المدعى، بل هو إلى خيرته أبداً مهما عاد وحلف؛ مُمكن؛ كما أنه على خيرته فى إقامة البيّنة.

الحالة الثانية: أن يحلف المدعى؛ فيستحق الحق.

ثم اليمين المردودة، منزلتها منزلة إقرار الخصم، أو منزلة البيّنة؟ فيه خلاف مشهور. وقد بنى الأصحاب عليه مسائل على غير وجهه؛ لأنه - وإن جعل كالبيّنة - فلا ينبغي أن يجعل كذلك فى حق غير الخالف، بل الصحيح: أنها كالإقرار. وقد ذكرنا تلك المسائل فى مواضعها.

فإن قيل: هل يتصور القضاء بالنكول عند الشافعى، رضى الله عنه؟ قلنا: مهما كان المدعى ممن لا يُمكن الرد عليه، بأن يكون غير معيّن كالمساكين، أو يكون هو الإمام، فيتعين الحكم، وذلك فى مسائل:

الأولى: النزاع بين الساعى ورب المال فى الزكاة؛ يُوجب اليمين على رب المال. فإن نكل تعذر الرد على الساعى. وعلى المساكين، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يُقضى بالنكول؛ للضرورة. والثانى: أنه يُحبس حتى يُقر أو يؤدي. والثالث: أنه إن ادعى الأداء، فهو فى صورة مُدّع؛ فيستوفى، وإن أنكر المال، فلا يُقضى عليه.

الثانية: ذمى غاب، فرجع مسلماً، وزعم أنه أسلم قبل انقضاء السنة ولا جزية عليه، ونكل عن اليمين، ففي وجه: يُقضى عليه. وفى وجه: يُحبس حتى يُقر، أو يقيم بيّنة، وفى وجه: لا شىء عليه؛ إذ هو مُنكر ولا حجة عليه.

الثالثة: الصبى المشرك إذا أثبت وادعى أنه استعجل بالمعالجة، حلف. فإن نكل، قُتل. وليس ذلك حكماً بالنكول، بل توجه القتل بالكفر مع الإنبات، وإنما اليمين دافع، ولا دافع له. وفيه وجه: أن القتل بالنكول مُحال، وتحليف من زعم أنه صبى، مُحال. بل يُحبس حتى يبلغ، فإن حلف ترك، وإن نكل قُتل إذ ذاك، وهذا أجدر من تحليف من يزعم أنه صبى. وهو ركيك؛ لأننا نتوهم بلوغه، وعلامته النكول.

الرابعة: ادعى واحدٌ من صبيان المرتزقة أنه بالغ. قال الأصحاب: يُثبت اسمه بغير يمين؛ لأنه إن كذب، فأىُّ فائدة في يمين الصبي، وإن صدق فليُثبت. وقال صاحب التلخيص: إن اتهمه السلطان بحلفه، فإن نكل فلا حق له.

الخامسة: مات من لا وارث له، وادعى القاضى له ديناً على إنسان، فنكل عن اليمين، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يقضى عليه للضرورة؛ فإنه مُنتهى الخصومة. والثاني: أنه يحبس حتى يحلف أو يُقر. وفيه وجه ثالث: أنه يُعرض عنه. ولم يذكره أحدٌ إلا الشيخ أبو محمد.

الركن الخامس: البينة

وقد ذكرنا شرطها ووصفها في الشهادات. والغرض تعارض البيتين. ومهما أمكن الجمعُ بينهما. جُمع. فإن تناقضا وأمكن الترجيح: رجح. وإن تساويا من كل وجه، فأربعة أقوال إذا كان المدعى في يد ثالث: أحدها: التساقط. والثاني: الاستعمال بالقرعة. والثالث: القسمة بينهما. والرابع: الوقف إلى أن يصطلحا.

وأما مدارك مئارات الترجيح، فثلاثة: قوة في الشهادة، أو زيادة فيها، أو يدٌ تقترب بإحدهما.

المدرک الأول: قوة الشهادة: وله صور:

إحداها: أن يُقيم أحدهما شاهدين، والآخر ثلاثة فصاعداً، أو كان شهودُ أحدهما أكمل عدالةً، فالقولُ الجديد: أنه لا ترجيح بخلاف الرواية؛ لأن نصاب الشهادة قدره الشرع، فالزيادة عليه. لا تؤثر عليه بخلاف الرواية. والقول القديم: الترجيح به كما في الرواية. وعلى هذا يُخرج ما إذا كان في أحد الجانبين شهادة أحد الخلفاء الأربعة.

الثانية: شاهدان يقدمان على شاهد وامرأتين ومنهم من قطع بطرد القولين، وهو الأظهر.

الثالثة: تقديم الشاهدين على شاهد ويمين، فيه قولان في الجديد، والأصح الترجيح. ثم حيث رجحنا، لو اقترن اليد بالحجة الضعيفة، فوجهان: أحدهما: أنهما يتساويان. والثاني: أن اليد توجب ترجيح الضعيف؛ لأنها أقوى.

المدرک الثاني: اليد. ولا يخلو المتنازع فيه، إما أن يكون في يدهما، أو في يد أحدهما، أو في يد الثالث:

الحالة الأولى: أن يكون في يد ثالث: ففي استعمال البيتين قولان: أحدهما: أنهما

يتساقطان؛ لتكاذبهما: وهو اختيار المزنئ، رحمه الله. والثاني: الاستعمال، وفي كفيته ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يُقسم بينهما. وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله؛ لأن كل بيئة سببٌ لكمال الملك، وقد ازدحما، فيقسم عليهما. والثاني: أنه يتوقف إلى الاصطلاح؛ لأن من قسم فقد خالف موجب البيتين جميعاً. والثالث: أنه يُقرع بينهما؛ لأنه يقرع عند الإشكال. فعلى هذا، هل يجب الحلف على من خرجت القرعة له؟ فيه قولان.

ثم اعلم أن قول «الاستعمال» لا يجري إذا تكاذبا صريحاً بحيث لا يمكن الجمع بينهما كما لو شهدت إحدهما على قتل في وقت، وشهدت الأخرى على الحياة في ذلك الوقت، بل حيث يتوهم تأويل، كما لو شهدا على الملك، فإننا نقول: لعل كل واحد سمع وصيته له، أو شراءً، أو غيره. ومنهم من طرد القولين مع استحالة الجمع. وهو بعيد.

وكذلك قول «القسمة» لا يجري حيث تمتنع القسمة، كالمرأة التي يدعيها زوجان وكذا قول «الوقف»؛ لأن الصلح غير ممكن، وفي جريان قول «القرعة» وجهان. فروع: أحدها: دارٌ في يد ثالث، ادعى واحدٌ كلها، وأقام بيئة، وادعى آخر نصفها، وأقام بيئة.

أما النصف فقد تعارض فيه، ففيه الأقوال الأربعة. والنصف الآخر لا معارض له، لكن إن قلنا بالتهاتر، بطلت بيئته في بعض موجبها، فهل تبطل في الباقي؟ فيه وجهان. الثاني: دارٌ في يد ثالث، ادعى واحدٌ نصفها، فصُدق. وادعى آخر النصف الآخر فكذبه صاحبُ اليد والمدعى الآخر - وهما لا يدعيان لأنفسهما - ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنها تُسلم إليه؛ إذ لا مدعى لها سواه. والثاني: أنه مالٌ لا مالك له، والثاني يُترك في يده؛ فإنه لا حجة لمدعيه. والثالث: أنه تُستزاع من يده، وتحفظ إلى أن تبين مالكة.

الثالث: أقر الثالث لأحدهما، فهل يُوجب إقرار صاحب اليد التراجع، بمنزلة اليد؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم كاليد. والثاني: لا، لأن هذه يدٌ مستحقة الإزالة باليقين.

الحالة الثانية: أن تكون في يد أحدهما:

فعدنا نُقدم بيئة صاحب اليد - وهو الداخل - على بيئة الخارج. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا أثر لبيئة صاحب اليد. ولكننا نقول: للدخل في إقامة البيئة ستة مقامات:

المقام الأول: أن لا يكون عليه مُدعٍ وأراد إقامة بيئة للتسجيل، فالمذهب أنه لا

تُسمع؛ إذ لا حجة إلا على خصم، فطريقه أن ينصب لنفسه خصمًا. وفيه وجه: أنه تُسمع لغرض التسجيل وإثبات الملك؛ فإن اليد لا تُثبت الملك.

المقام الثاني: أن يكون له خصمٌ مدّع لا بينة له، فأراد الرجل إقامة البينة ليصرف اليمين عن نفسه. فالمذهب: أنه لا تُسمع؛ إذ الأصل في جانب اليمين بنص الخبر، وإنما يعدل إلى البينة حيث لا تكفيه اليمين. وخرج ابن سريج قولاً: أنه تُسمع كما في المودع تُسمع بينته وإن قدر على اليمين.

المقام الثالث: أن يُقيم المدعى بينة ولكن لم تعدل، فهل تُسمع بينة الداخل قبل التعديل؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم كما بعد التعديل إذا قامت أصل الحجة. والثاني: لا؛ لأنه لا حاجة إلى أن يخالف منصبه وينهض مدعيًا، والبينة تقبل من المدعى.

المقام الرابع: إذا عُدلت بينة المدعى، ولم يسق إلا القضاء، فهذا أو أن بينته، فتُسمع عندنا قطعًا؛ لأن كونه صاحب اليد: لا يمنعه من دعوى الملك حيث لا تغنيه اليد. ولا التفات إلى قول من يقول: إن بينته إنما تعتمد ظاهر يده؛ لأن بينة الخارج إنما تعتمد أيضًا يدها كانت له؛ لأن اليد والتصرف دليل الملك، وكونه مقارنًا لا يؤثر. ومن أصحابنا من ارتاع من هذا وشرط في بينة الداخل أن تشتمل على إسناد الملك إلى سبب، ولم يسمع على الملك المطلق. وهو ضعيف.

ثم اختلف الأصحاب في أنهما يتهاثران، ويُسلم الملك للداخل يمينه، أو ترجح باليد، فيحكم له بموجب البينة؟ فإن قلنا: يرجح، فهل يلزمه الحلف مع بينته؟ فيه وجهان كما ذكرناه عند التفريع على قول القرعة.

المقام الخامس: إذا لم تكن بينته حاضرة حتى أرسلنا يده، فجاءت بينته. فإن ادعى ملكًا مطلقًا، فهو بينة من خارج. وإن ادعى ملكًا مستندًا إلى ما قبل إزالة اليد زعم أن البينة كانت غائبة، فوجهان: أحدهما: أنها ترد إليه، وترجح باليد ولا حكم للإزالة السابقة. والثاني: أنه كالخارج؛ لأن تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، فلا ينقض.

المقام السادس: إذا أقام بعد القضاء باستحقاق الإزالة ولكن قبل التسليم، فوجهان مرتبان وأولى بأن ترجح.

فرعان: الأول: لو أقام الخارج بينة على الملك المطلق، وأقام الداخل بينة على أنه ملكه اشتراه من الخارج: تقدم بينة الداخل كما لو أطلق، ولا تزال يده قبل إقامة البينة. وقال القاضي: تزال يده إذا ادعى ذلك؛ إذ يقال: اعترفت له بالملك فسلم إليه، ثم أثبت

ما تدعيه من الشراء. وكذلك لو قال: أدعى أنه أبرأ عن الدين المدعى به، يُقال له: سلم الدين، ثم أثبت الإبراء، فقد انتهضت الخصومة الأولى؛ كما إذا ادعى على الوكيل بالخصومة إبراء موكله الغائب. وجاهير القضاة على أنه لا يُطالب بالتسليم إذا كانت البيّنة حاضرة بخلاف الموكل الغائب، فإن تأخير ذلك يطول. وكذا لو قال: لي بيّنة غائبة، فيكفيه تسليم العين والدين في الحال.

الفروع الثاني: من أقر لغيره بملك، ثم عاد إلى الدعوى: لم تقبل دعواه حتى يدعى تلقى الملك منه. أما إذا أخرج من يده بيّنة، فجاء يدعى مطلقاً ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يُقبل؛ إذ البيّنة في حقه كالإقرار. والثاني: أنه يُقبل؛ لأن الرجل يُؤخذ بإقرار نفسه في الاستقبال، ولولاه لم يكن في الأقاير فائدة.

أما حكم البيّنة فلا يلزم بكل حال. ولا خلاف أن دعوى ثالث بالملك مطلقاً: تُسمع؛ إذ لم يلزمه حكم البيّنة المقامة على غيره. فيها ثلاث مراتب، فلتفهم.

الحالة الثالثة: أن تكون الدار في يدهما، وادعى كل واحدٍ جميعها:

فإن لم تكن بيّنة، فيتحالفان؛ إذ كل واحدٍ مدع في النصف، مدعى عليه في النصف. فيبدأ القاضى بمن يراه أو بالقرعة، فإن حلفا أو نكلا، بقى الدار في يدهما كما كان وإنما يحلف كل واحد على النفي بخلاف التحالفين في البيع؛ إذ كل واحدٍ يحلف على إثبات ما يدعيه، ونفى ما يدعى عليه؛ لأنه ليس يتميز في البيع المدعى عن المدعى عليه، أما هاهنا، فالتمييز ظاهر، إذ نصف الدار مميّز عن النصف الآخر. ومنهم من قال: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج.

أما إذا حلف الأول، ونكل الثاني: رُدّت اليمين على الأول، فيحلف على الإثبات في النصف الآخر؛ لأن هذه يمين المدعى المردودة.

فلو أقام الناكل بيّنة بعد اليمين المردودة، ففيه وجهان يتبينان على أن اليمين المردودة كالإقرار أو البيّنة؟ فإن قلنا: إنها كالإقرار، لم تُقبل أما إذا نكل الأول، فتعرض على الثاني يمين النفي واليمين المردودة. وفي تعدد اليمين وجهان:

أحدهما: أنه يتعدد؛ لتعدد الجهة. والثاني: أنه تكفى يمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات؛ للإيجاز، فيحلف أن جميع الدار له ليس لصاحبه فيها حق. فلو قال: والله، إن النصف الذى يدعيه، ليس له فيه حق والنصف الآخر هو لى: اكتفى بذلك.

أما إذا كان لأحدهما بيّنة: فتسمع ابتداءً وإن كان داخلاً في النصف، ولكن تسمع

تابعًا للنصف الآخر وإنما ينقذ الردُّ على ردِّ بيّنة الداخل وحده إذا أنشأ مع الاستغناء عنه، وهاهنا احتاج لأجل النصف.

ولكن لو أقام الثانى بيّنة، فقد قيل: الآن، يجب على الأول إعادة بيّنته؛ ليقع بعد بيّنة الخارج. ولا يبعد التساهل فيه أيضًا.

المدرک الثالث: اشتغال إحدى البيّتين على زيادة تاريخ، أو سبب ملك: والنظر فى أطراف:

الأول: فى التاريخ: فإن تساوى فى التاريخ فيتعارضان. وإن شهدت إحدهما على الملك منذ سنة، والأخرى منذ سنتين. ففيه قولان: أحدهما: أنهما يتعارضان؛ إذ المطلوب هو الملك فى الحال؛ فلا تأثير للسبق. والثانى: ترجيح السابقة. وهو اختيار المزنى، ومذهب أبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن ما سبق ثبوته، فالأصل بقاؤه، فيصلح للترجيح واستدلال المزنى بما لو شهدت إحدهما التنازع فى يده أو سبب آخر من أسباب الملك فإنه يُقضى بتقديمها: وقضى الأصحاب بطرد القولين وإن شهدت إحدهما على سبب الملك أيضًا.

ويجرى القولان فى بيّنة الزوجين على الزوجية إذا سبق التاريخ. فإن كانت إحدى البيّتين مطلقة، والأخرى مؤرخة فقولان مرتبان وأولى بأن لا ترجح؛ لأن المطلقة كالعامّة.

أما إذا كان السبق فى جانب، واليد فى جانب: فإن قلنا: السبق لا ترجح به، فاليد مقدّمة. وإن رجحنا به، فهاهنا ثلاثة أوجه: أحدها: أن السبق أولى. والثانى: اليد أولى. والثالث: أنهما يتعارضان.

تنبيهات: الأول: إذا شهدت البيّنة على ملك إنسان بالأمس، ولم تتعرض له فى الحال: لم تقبل - على الجديد بخلاف ما لو شهد على إقراره بالأمس، فإنه يثبت الإقرار، والإقرار الثابت مُستنداً حكمة، وعليه عمل الأولين، وإلا لبطلت فائدة الأقارير؛ لأن المقرر يجزى عن تحقيق؛ فيظهر استصحابه، والشاهد يشهد على تخمين فى الملك، فإذا لم ينضم إليه الجزم فى الحال: لم يؤثر. وكذلك لو شهدت البيّنة على أنه كان ملكه بالأمس اشتراه من صاحب اليد: فتقبل؛ لأنه يدرك يقيناً، بخلاف ما لو قال: اشتراه من غيره؛ لأنه لا يكون حجة على صاحب اليد. أما إذا أقر المدعى عليه بملك سابق، وقال للمدعى: كان ملكك أمس، فهل يلزمه التسليم استصحاباً؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه؛ كما لو ثبت إقراره بالأمس. والثاني: لا، كما لو شهدت البيّنة على ملكه بالأمس، فإنه مردّد بينهما. فهذه ثلاث مراتب. وهاهنا قول قديم: أن البيّنة وإن شهدت على الملك بالأمس فتقبل؛ كالإقرار بالأمس. ووجه غريب مال إليه القاضى: أن الإقرار السابق إذا شهدت عليه البيّنة - لا يُسمع: ما لم يتعرض الشاهد للملك في الحال. والمشهور الفرق كما سبق.

التفريع: إذا فرعنا على الجديد، فسييل الشاهد أن يقول: كان ملكه بالأمس ولم يزل، أو هو الآن ملكه، ويكون مستنده فيه الاستصحاب، ويجوز ذلك إذا لم يعلم مزيلاً، فلو صرح بأنّي مُستصحب ملكه، فإنّي لا أعلم مزيلاً؟ قال الأصحاب: لا تقبل؛ كشهادة الرضاع على صورة الامتصاص وحركة الحلقوم. وقال القاضى: تقبل؛ إذ نعلم أنه لا مستند له سواه بخلاف الرضاع إذ يدرك ذلك بقرائن لا تُعرب العبارة عنه. نعم، لو قال الشاهد في معرض مراتب: لا أدري، أزال ملكه، أو لم يزل؟ لم تُسمع؛ لفساد الصيغة.

أما إذا قال: لا أعلم مزيلاً: كفاه، وأكثرُ الأصحاب على أنه لا بد من الجزم في الحال. ولا خلاف أن البيّنة لو شهدت بأنه كان في يد المدعى بالأمس: قبل وجعل المدعى صاحب اليد.

التبنيه الثاني: أن البيّنة لا توجب الملك، لكن تظهره، ومن ضرورته التقدم بدخلة على الإقامة. فلو كان المدعى دابةً، فتناجها الذي نتج قبل الإقامة: للمدعى عليه. وما نتج بعد الإقامة وقبل التعديل: فللمدعى. فلو كانت شجرة - ثمرتها بادية - فهي للمدعى عليه.

وفي الحمل احتمال؛ إذ انفصال الملك فيه ممكنٌ بالوصية. وهذا في البيّنة المطلقة التى لا تتعرض لملك سابق.

التبنيه الثالث: أن مقتضى ما ذكرناه أن لا يرجع المشتري بالثمن - إذا أخذ منه المبيع - بيّنة مطلقة؛ لأن ليس يقتضى الزوال إلا من الوقت. قال القاضى: «يحتمل أن يُقال: لا يرجع إذا كانت الدعوى والبيّنة مستندة إلى ملك سابق. وإطلاق الأصحاب يُحمل على أنهم أرادوا ذلك؛ فإنه غير نادر، لكنه قال: في كلام الأصحاب ما يدل على خلاف ما قلته؛ إذ قالوا: لو أخذ من المشتري - أو المتهب من المشتري - فللمشتري الأول الرجوع على البائع منه. ولعل سببه أن البيّنة إذا كانت مطلقة لا تشهد على إزالة الملك، فيحمل على الصدق المطلق؛ فالحاجة تمس إلى ذلك في عهدة العقود.

أما إذا ادعى عليه: أنك أزلت الملك، فأنكر وقامت البيئة على إزالته: فلا رجوع له. وأما مجرد دعوى المدعى للإحالة عليه: فلا تمنع الرجوع؛ إذا لم تشهد البيئة عليه.

التبني الرابع: لو ادعى أرضاً - وزرعها فيها - وأقام بيئةً عليها وأنه زرعها، وأقام صاحب اليد بيئة: أما الأرض فلصاحب اليد. وأما الزرع، فبينى على أن السبق واليد، إذا اجتمعا، أيهما يُقدم؟.

الخامس: إذا ادعى ملكاً مطلقاً، فذكر الشاهد الملك وسببه: لم يضر، لكن إن طلب الخصم تقديم حجته - لاشتمالها على ذكر السبب - فلا يُجاب إليه إلا بأن تُعاد البيئة بعد دعواه؛ فإن الذكر قبل الدعوى لاغ، ولا تُجرح البيئة، بخلاف ما لو ادعى ألفاً، فشهدت البيئة على ألفين، رُد في الزيادة؛ لأنها زيادة مستقلة. وهل تُردُّ في الباقي، كيلا تبعض البيئة؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: تُرد، فهل يصير الشاهد مجروحاً به؟ فيه وجهان يجرى في كل شهادة تؤدي قبل الدعوى.

ولو ذكر المدعى سبباً، وذكر الشاهد سبباً آخر، فالصحيح أنه لا يُقبل؛ للتناقض. وقيل: تُقبل على الملك ويُلغى السبب.

الطرف الثاني: النزاع في العقود: وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال صاحب الدار: أكرت بيتاً من الدار بعشرة. وقال المكترى: بل أكرت الكل بعشرة. وأقام كل واحد بيئة. قال ابن سريج: بيئة المكترى أولى؛ لاشتماله على ذكر زيادة، حتى لو قال المكترى: أكرت جميع الدار بعشرين، وقال المكترى: بل بعشرة، فبيئة المكترى أولى؛ لأن فيه زيادة، وهو ضعيف. بل الصحيح التعارض؛ لأن هذه زيادة في مقدار المشهود به، وليس فيه زيادة إيضاح، بخلاف استناد الملك إلى سبب أو تاريخ سابق.

فإن فرعنا على التعارض، ورأينا التهاتر، فيتحالفان وكأنه لا بيئة، ولا تُحصى الزيادة مرعية، وبه يتبين ضعف رأى ابن سريج. وإن قلنا: بالوقف، فلا وجه له؛ إذ المنافع تقوت. وإن قلنا: بالقسمة فكذلك؛ فإن الزيادة يدعيها واحد. وينفيها الآخر، وإنما يمكن القسمة إذا ادعى كل واحد لنفسه. وأما القرعة فممكّن، ولكن استعمالها ضعيف؛ لأنها لا تُستعمل إلا في إفراز الحقوق المشتركة؛ لينقطع النزاع، أو في العتق؛ للخبر.

ومن رأى القسمة أو الوقف وتعذر عليه: اختلفوا، منهم من رجع إلى قول التهاتر؛

لعسر الاستعمال. ومنهم من رجع إلى الطريق الممكن في الاستعمال - وهو القرعة فيرى الاستعمال بأحد الطرق أولى من التهاثر.

الثانية: إذا ادّعى رجلان داراً في يد ثالث، يزعم كل واحد أن الثالث قد باعه، وقبض منه مائة في ثمنها، فتجرى الأقوال الأربعة في بيئتهما، لكن لا بد من البيّنة؛ لأمر:

أحدها: أنا - على قول القرعة - نسلم الدار إلى من خرجت قرعته، ونسلم الثمن إلى الثاني؛ لأن القرعة مؤثرة في محل التناقض وهو رقة الدار. أما اجتماع الثمنين عليه فممكّن لا تضادّ فيه.

وعلى قول الوقف تخرج الدار والثمن من يده، ويتوقف فيهما.

وعلى قول القسمة يأخذ كل واحد نصف الدار ونصف الثمن. ثم لكل واحد أن يمتنع عن النصف لتبعض المبيع عليه؛ فيرجع إلى جميع الثمن.

فإن فسخ أحدهما، فلآخر أن يطلب جميع الدار؛ إذ يقول: كانت القسمة لأجل المراحم، وقد اندفع. وفيه وجه: أنه يقتصر على النصف.

الثاني: أن الشيخ أبا محمد قال: «لا أجرى قول القرعة إذا كانتا مطلقتين غير مؤرختين حتى يؤرخا بتاريخ واحد يظهر تناقضه؛ إذ هي لتمييز الكاذب، وصدقهما ممكّن بتعاقب عقدين بعد تخلل ملك»، وهذا ضعيف، بل هي لتقديم أحد المتساويين.

الثالث: أن الربيع خرج قولاً خامساً: وهو أن تستعمل البيّنتان لفسخ العقدين؛ إذ تعذر عقد كل واحد بسبب بيّنة الآخر.

الرابع: أن الأقوال تجرى إذا كانتا مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحد. أما إذا سبق تاريخ أحدهما، فهي مقدمة؛ لأن البيع إذا ثبت سبقه منع صحة ما بعده.

المسألة الثالثة: عكس الثانية، وهو أن يدعى كل واحد منهما بيع الدار من الثالث بألف، ومقصودهما طلب الألف وترك الدار في يده: فالصحيح أن الأقوال لا تجرى؛ لأن الذمة متسعة لإثبات الثمنين، فيلزمه توفيتهما، بخلاف ما إذا كان المطلوب منه رقة الدار لأنها واحدة تضيق. ومن الأصحاب من أجرى الأقوال؛ لأنهما ربطا الثمنين بعير واحدة، ولا يصح ذلك إلا إذا عينا وقتاً واحداً يستحيل تقدير الجمع، وإلا فلزوم الثمنين في عقدين بينهما بديل ملك: ممكّن، إلا أن تعيين وقت واحد لا يتسع لكلمتين أيضاً: لا يدركه الحسّ إلا إذا اكتفينا بجواز شهادة النفي مهما استند إلى وقت معين؛ فإن

السكوت عن البيع يُشاهد، فتعلم أنه نفى البيع، وفي مثل تلك الشهادة خلافٌ.

المسألة الرابعة: ادعى عبدٌ أن مولاه أعتقه، وادعى آخر أن مولاه باعه منه، وأقام كل واحد بينة. فإن كان فيهما تاريخ: قُدم السابق؛ لأنه يمنع صحة ما بعده. وإن لم يكن، جرى الأقوال كلها.

وعلى قول القسمة، يعتق نصف العبد، ويحكم بالملك في النصف. والصحيح: أنه لا يسرى إليه العتق؛ لأنه محكوم به قهراً. وذكر العراقيون قولين، وزعموا أنه يسرى إليه العتق في قول؛ لأنه حكم عليه باختياره العتق. واعترض المزني، وقال: «ينبغي أن تُقدم بينة العتق؛ لأن العبد كصاحب اليد في حق رقبتة، وهو ضعيف؛ لأنه في يد سيده ما لم يثبت عتقه، فهو يدعى اليد، ولم تثبت بعدُ.

الطرف الثالث: في النزاع في الموت والقتل: وفيه مسائل ثلاثة:

الأولى: رجل معروف بالتنصر مات، وله ابنٌ مسلم يدعى أنه مات مسلماً، والابن النصراني يدعى أنه لم يُسلم، فالقول قول النصراني؛ لأن الأصل عدم الإسلام.

ولو أقام كل واحد بينة قدمت بينة المسلم؛ لاشتغالها على زيادة ناقلة عن الاستصحاب، وكذلك إذا ادعى الابن الإلث في دار، فأقامت زوجة أبيه بينة أنه أصدقها الدار، أو اشترتها من أبيه: قُدمت بينتها.

أما إذا شهدت بينة النصراني أنه نطق بتنصر ومات عقيبه، فقد تعارضاً؛ فتحرى الأقوال الأربعة. وقال أبو إسحاق المروزي: «لا يجرى قولُ القسمة؛ إذ لا يشترك في الميراث مسلمٌ وكافرٌ». وهذا ضعيفٌ، إذ كل بينة تقتضي كمال الملك لصاحبها، فاندفع في النصف بالأخرى؛ إذ ليس أحدهما بأولى، فيكفي إمكان الشركة في جنس الملك.

أما إذا كان الميت مجهول الدين، فقال كل واحد منهما: لم يزل على ديني حتى مات، فليس أحدهما أولى بأن يجعل القول قوله؛ فتجعل التركة كمال في يد اثنين تنازعا. وقال القاضي: «إن كان في يد أحدهما كان القول قوله». وهذه زلة؛ لأنه معترفٌ بأن يده من جهة الميراث، فلا أثر ليد مع ذلك.

فإن أقام كل واحد بينة، جرت الأقوال الأربعة. وقيل: بينة الإسلام تُقدم؛ لأنه الظاهر في دار الإسلام. وهذا بعيدٌ؛ إذ لو كان كذلك لجعل القول قوله، نعم، نص الشافعي، رضى الله عنه، أن هذا الشخص يُغسل ويُصلى عليه إذا أشكل أمره. والصلاة على نصراني أهون من ترك الصلاة على مسلم.

المسألة الثانية: مات نصراني، وله ابن مسلم يدعى أنه أسلم بعد موته؛ فسيرث. وابنه النصراني يدعى أنه أسلم قبل موته؛ فلا يرث، فللمسألة حالتان: إحداهما: أن يتفقا على أنه أسلم في رمضان، ولكن ادعى أن الأب مات في شعبان. وقال الأخ النصراني: بل مات في شوال، فالقول قول النصراني؛ لأن الأصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة، قال الأصحاب: تقدم بينة المسلم؛ لاشتمالها على زيادة علم بالموت في شعبان. أم كونه ميتاً في شوال فم مشترك. قال الإمام: هذا ضعيف؛ لأن من يشهد على الموت في شوال، يشهد على موته عن حياة. وإذا ثبت الحياة، حصل التعارض؛ فتحرى الأقوال.

الحالة الثانية: اتفقا على أنه مات في رمضان، ولكن قال المسلم: أسلمت في شوال وقال النصراني: بل أسلمت في شعبان، فالقول قول المسلم؛ إذ الأصل بقاء الكافر. وإن كان لهما بينة فتقدم بينة النصراني؛ لأن الناقلة أولى من المستصحية.

فرع: زوجة مسلمة، وأخ مسلم، وابنان كافران: تنازعا في إسلام الميت، وتعارضت بينتان: فإن رأينا القسمة، فالنصف للابنتين؛ فإنهما فريق، والنصف للزوجة والأخ. ثم الزوجة تأخذ الربع من هذا النصف؛ لأن الابن محجوب بقولهما فلا نردها إلى اليمين.

ولو خلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين، وتنازعا في دين الميت، فوجهان: أحدهما: أن القول قول الأبوين؛ لأن الظاهر أن الولد يكون على دين الأبوين. والثاني: أن القول قول الابنين؛ لأن الإسلام ينبغي أن يغلب بالدار.

المسألة الثالثة: قال لعبده: إن قُلتُ، فأنت حر. فشهد اثنان أنه قُتل، وشهد آخران أنه مات حتف أنفه، فقولان: أحدهما: التعارض. والثاني: تقديم بينة القتل، لاشتمالها على زيادة؛ إذ كل قتيل ميت، وليس كل ميت قتيلاً.

ولو قال لسالم: إن مت في رمضان، فأنت حر. وقال لغانم: إن مت في شوال، فأنت حر. وأقام كل واحد بينة، فقولان: أحدهما: التعارض. والثاني: تقديم بينة رمضان؛ لزيادة علمها بتقديم الموت. وقال ابن سريج: بينة شوال أولى؛ لأنه ربما يُغمى عليه في رمضان، فيظن موته.

فرع: إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، فهو في يدهما، ولا يختص السلاح بالرجل، ولا آلة الغزل بالمرأة، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

الطرف الرابع: في النزاع في الوصية والعق: وفيه مسائل:

الأولى: إذا قامت بينة على أنه أعتق في مرضه عبداً - وهو ثلث ماله - وقامت بينة

أخرى لعبد آخر، فالقياس أن يجعل كأنه أعتقهما معاً، فيقرع بينهما. لكن نص الشافعي، رضى الله عنه، على أنه يُعتق من كل واحدٍ نصفه، فيجب تنزيله على موضع لا تجرى فيه القرعة، وذلك بأن يتقدم عتق أحدهما؛ فإنه لا قرعة. ولو تقدم عتق أحدهما، ولكن أشكل السابق، فهو كالإعتاق معاً؟ أو كالتعاقب؟ فيه قولان. فإن قلنا: لا يقرع؛ فيحمل تعارض البيتين على هذه الصورة. ونقول: الغالب أنه أعتقهما ترتباً وأشكل الأمر؛ فلا قرعة، فيقسم عليهما.

الثانية: المسألة بحالها، لكن أحد العبدین سلس المال فحيث يُقرع، لو خرج على الخمس يُعتق بكماله، ويعتق من النفيس نصفه لتكملة الثلث. ولو خرج على النفيس اقتصر عليه؛ فإنه كمالُ الثلث. وحيث نرى القسمة - على قول - ففي كيفيته وجهان: أحدهما: أنه يُعتق من كل واحدٍ ثلثاه؛ لأن النفيس يُضارب بضعف ما يُضارب به الخمس، كما لو أوصى لزيد بكل ماله، ولعمرو بثلث ماله، وأجاز الورثة الوصايا، إذ يُقسم المال بينهما أرباعاً؛ فإن زيداً يضارب بثلاثة أمثال ما يُضارب به عمرو.

والوجه الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله، أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباع، ومن الخمس نصفه؛ لأن النفيس يقول: إن أعتقت أولاً فجميعي حر، وإن تأخرت فنصفى حر، فنصفى مسلم لا خلاف فيه، إنما النزاع في النصف الآخر، وهو قدر سلس بيني وبينك، فيقسم عليهما. وهذا أيضاً ينبغي أن يطرد في مسألة الوصية، فيقول زيد: أما الثلثان فهو مسلم لي، وإنما التراحم في الثلث، فيقسم علينا، فيحصل زيدٌ على خمسة أسداس، وعمرو على سلس. وهو مذهب أبي حنيفة، رحمه الله.

الثالثة: شهد أجنبيان أنه أوصى بعقده غانم - وهو ثلث المال - وشهد وارثن بأنه رجع عنه، وأوصى بسالم، وهو أيضاً ثلث: ثبت بقول الوارثين عتق سالم، والرجوع عن غانم؛ إذ لا نهمة عليهما في تبديل محل العتق. ولا نظر إلى تبديل الولاء فلا يُتهم العدلُ بمثله. أما إذا كان سالمٌ سلس المال، فهو مُتهم بتنقيص السدس، فتد في قدر السدس، والشهادة إذا رُدَّت في بعض، فهل ترد في الباقي؟ قولان. فإن قلنا: إنها ترد، فيعتق العبدان جميعاً: الأول بالشهادة؛ إذ رُدَّت شهادة الرجوع. والثاني يُعتق بإقرار الوارث. وقد نص الشافعي - رضى الله عنه - على عتقهما.

وإن قلنا: لا ترد في الباقي، فقد شهد على الرجوع عن جميع غانم، وهو مُتهم في النصف؛ إذ لم يُثبت له بدلاً. ولا يتهم في النصف في نصف غانم، ويعتق نصفه مع جميع سالم؛ لأن نصف غانم سلسٌ وحيلة سالم سلسٌ، والثلثُ يفي بهما، فكأنه أوصى

بعث نصف غانم وجميع سالم. ويحتمل أن يقال: الرجوع لا يتجزأ فتبطل الشهادة على الرجوع عن عتق غانم وتبقى الشهادة بالعتق لغانم. وشهادة الورثة كشهادة الأحناب، فكأنه ثبت عتقهما جميعاً؛ فيقرع بينهما. فإن خرج على غانم: عتق فقط. وإن خرج على سالم: عتق وعتق معه من غانم نصفه؛ ليكمل الثلث.

الرابعة: شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالثلث. وشهدت أخرى لعمرو بالثلث، وشهدت أخرى بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها. قال الشافعي، رضي الله عنه: «يقسم الثلث بينهما». قال الأصحاب: سببه رد شهادة الرجوع؛ لأنها بمحملة. وقال القفال: تقبل شهادة الرجوع؛ لأن المشهود عليه والمشهود له: معين.

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو كان شهد كل بينة بالسدس. فإن رددنا شهادة الرجوع المحملة، أعطينا كل واحد سدساً كاملاً. وإن قبلنا الشهادة وزعنا سدساً واحداً عليهما. وقد تم الكلام في الدعاوى، فلنذكر دعوى النسب.

* * *

كتاب دعوى النسب وإلحاق القائف

والنظر فى أركان الإلحاق، وهى ثلاثة: المستلحق، والملحق، والإلحاق.

الركن الأول: المستلحق

ويصح استلحاق كل حرٍّ ذكرٍ يمكن ثبوت النسب منه بنكاح، أو وطء محترم. فهذه ثلاثة قيود:

الأول: الحرية. وفى استلحاق العبد والمعتق ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يصح؛ فلا فرق بين الحر والعبد لو تداعيا جميعاً، عرض على القائف. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يُقدم الحرُّ على العبد، والمسلم على الكافر. وعندنا لا فرق. والثانى: لا يلحقهما نسبٌ إلا فى نكاح أو وطء بشبهة؛ لأنهما بصدد الولاء، فليس لهما قطعُ الولاء بمجرد الدعوى. والثالث: أن العبد لا ولاء عليه، فيلحقه من يستلحقه. أما المعتق فالولاء عليه حاصلٌ، فلا تصح دعواه. وهذا الخلافُ جارٍ لو كان المستلحق عبداً أو معتقاً لأجل الولاء.

القيد الثانى: الذكورة. وفى استلحاق المرأة ثلاثة أوجه: أحدها: الصحة كالرجل. والثانى: لا؛ لأن الولادة يُمكن إثباتها بخلاف جانب الأب. والثالث: أنها إن كانت خليةً من الزوج لحقها. وإن كانت ذات زوج فلا إذ لا يمكن الإلحاق بها دون الزوج، ولا يمكن الإلحاق بالزوج مع إنكاره.

القيد الثالث: الإمكان. وذلك بحقيقة الوطء، أو بعقد النكاح مع إمكان الوطء - وقد ذكرناه - وإنما يمكن النسب من شخصين بأن يجتمعا على وطئها فى طهر واحد: إما بالشبهة أو بملك اليمين، فإن وطئ الثانى بعد تخلل حيضةٍ، فالولد للثانى إلا أن يكون الأول زوجاً فلا ينقطع الإمكان فيه بالحيض؛ لأنه لا يعتبر فى حقه وجود الوطء، بل يكفى فراش النكاح مع إمكان الوطء، وهذا موجودٌ فى الطهر الثانى.

وأما ملك اليمين فلا يثبت فراشاً. والنكاح الفاسد يلحق بالنكاح الصحيح؟ أو بملك اليمين؟ فيه وجهان. ولا خلاف أن فراش النكاح الصحيح ينقطع بفراش آخر ناسخٍ له حتى يلحق الولد بالثانى وإن أمكن - من حيث الزمان - أن يكون منهما.

الركن الثانى: الملحق

وهو كل مدبجى، مجرب، أهل للشهادة. فهذه ثلاثة قيود:

الأول: المدلجى. والصحيح الاختصاص بهم؛ إذ رجعت إليهم الصحابة مع كثرة الأكياس فيهم. ومنهم من قال: هذه صنعة تتعلم، فمن تعلم جاز اعتماد قوله.

وأما المجرب، فنعنى به أن من كان مُدْلَجِيًّا - أو ادعى علم القيافة - لم يقبل قوله حتى يُجرب ثلاثاً، بأن يُرى صبيّاً بين نسوة ليس فيهن أمه، فإن لم يلحق، أُحضرت نسوة أخرى ليس فيهن أمه، فإن ألحق علمنا أنه بصير، فنعرض عليه. وإنما يرى النسوة؛ لأن ولادتهن نعلمها تحقيقاً؛ فلا يتعين عددٌ في التجربة، بل المقصود ظهور بصيرته.

وأما كونه أهلاً للشهادة، فلا بد منه، وفيه وجه بعيد: أنه لا تُشترط الذكورة والحرية، وكأنه إخبارٌ. والصحيح أنه لا يُشترط العدد، وكان القائف حاكماً.

الركن الثالث: فى الإلحاق، ومحل العرض على القائف:

إنما يعرض على القائف صغيرٌ تداعاه شخصان، كل واحد لو انفرد بالدعوة للحقه، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر. وخرج على هذه القيود مسائل أربع:

الأولى: أن إثبات النسب من أبوين غير ممكن عند الشافعى، رضى الله عنه، فلذلك لزم العرض على القائف. ومستند الشافعى، رضى الله عنه، حديث مُجَرِّز المدلجى^(١)، وهو معروف. وأبو حنيفة، رحمه الله، يقول: يلحق بهما جميعاً، ولا نظر إلى قول القائف.

ثم عندنا يعتمد قول القائف فى مولود صغير أو بالغ ساكت. أما البالغ المجهول إذا استدحقه واحدٌ فوافقه، فلا يُقبل قول القائف على خلافه؛ لأن الحق لا يعدوها. ولو أنكره البالغ وألحقه القائف، لم يصح قوله حجة عليه.

الثانية: صبيٌّ فى يد إنسان وهو مستلحقه، فاستخلفه غيره: لم يعرض على القائف بعد تقدم صاحب اليد، ويده كفراش النكاح. والمولود على فراش النكاح إذا ادعاه من يدعى وطء شبهة: لم يلحقه وإن وافقه الزوجان على الوطاء بالشبهة؛ لأن حق الولد

(١) حديث مجز المدلجى، عن عائشة أنها قالت: إن رسول الله ﷺ دخل على مسروراً، تبرق أسارير وجهه. فقال: «ألم ترى أن مجزاً نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسماء بن زيد، فقال: إن بعض هذه الأقدام لمن بعض». أخرجه البخارى (١٩٥/٨)، ومسلم (الرضاع ٣٩)، والنسائى (١٨٤/٦)، وابن ماجه (٢٣٤٩)، والحميدى (٥٣٩)، والزيلعى فى نصب الراية (٢٩١/٣). وابن حجر فى فتح البارى (٦٥/١٢).

ومجزز: هو من بنى مدلج. قال العلماء: وكانت القيافة فيهم، وفى بنى أسد. تعترف لهم العرب بذلك. انظر: فتح البارى (٥٧/١٢).

يُرى فيه، بل إن أقام بينة على الوطاء بالشبهة، عُرض على القائف.

الثالثة: صبيّ استلحقه رجلٌ ذو زوجة، وهى تنكر ولادته، أو استلحقته امرأة ذات زوج، والزوج يُنكر ولادتها: فُيلحق بالرجل المستلحق، وفى المرأتين ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يلحق زوجة المستلحق وإن أنكرت. والثانى: أنه يلحق بالمدعية، ويقدر أنها ولدت من المدعى بوطء شبهة. والثالث: أنه يُعرض فى حقهما على القائف.

الرابعة: إن لم نجد القائف أو وجدناه وتحير، فإذا بلغ أمرناه بالانتساب، فإن لم ينتسب حبسناه حتى ينتسب، فإذا انتسب إلى أحدهما لحقه، وكان اختياره كإلحاق القائف، ولم يقبل رجوعه كما لا يقبل رجوع القائف ودعواه الغلط.

والصحيح: أن المميز لا يخير بخلاف الحضانة؛ فإن أمر النسب مُخطّر.

فروع أربعة: الأول: وطئ رجلان فى طهر واحد، وحبلت، وادعى أحدهما وسكت الآخر، فقولان: أحدهما: يعرض على القائف. والثانى: أنه يُلحق بالمدعى.

الثانى: لو أَلقت سقطاً، يعرض على القائف. ولو انفصل حيّاً ومات يُعرض ما لم يتغير.

الثالث: نفقة الولد - قبل إلحاق القائف - عليهما. ثم إذا ألحق بأحدهما رجع على الآخر بما أنفق. ولو أوصى له قَبْلُ كل واحدٍ منهما حتى يحصل الملك له.

الرابع: من استلحق صبيّاً مجهولاً، فبلغ وانتفى عنه، ففيه قولان كالقولين فيمن حُكم بإسلامه تَبَعاً، فبلغ وأعرب عن نفسه بالكفر.

* * *

كتاب العتق

ولا يخفى أن العتق قرينة، ويشهد لنفوذ الكتاب والسنة والإجماع. والنظر فى أركانه، وخواصه، وفروعه:

أما أركانه فتلاثة

الأول: المعتق. وهو كل مكلف، لا حجر عليه بفلس وسفه.

الثانى: المعتق. وهو كل إنسان مملوك، لم يتعلق بعينه وثيقة، وحق لازم؛ فإن فى إعتاق المرهون خلافاً. وإعتاق الطير والبهيمة لاغ على الأصح.

الثالث: الصيغة. وصريحه: «التحرير» و«الإعتاق». وفك الرقبة ورد فى القرآن مرة، ففى كونه صريحاً وجهان، كالمفاداة فى «الخلع».

وأما الكناية فكل ما يحتمل، كقوله: أنت طالق، ولا سلطان لى عليك، وحبلك على غاربك، ونظائره.

فروع أربعة: الأول: لو قال لعبده: يا مولاي، ونوى: عتق. ولو قال: يا سيدى، ويا كذبانو للأمة ونوى، لم ينفذ؛ لأنه يُنبىء عن التردد وتدبير المنزل دون العتق. ويحتمل أن يقال: ينفذ.

الثانى: أن يقول: يا حرة؛ فتعتق، إلا أن يكون اسمها حرة. وكذلك إذا كان اسم الغلام آزادروى. وإن كان اسمها قبل الرق حرة، فبدل اسمها فقال السيد: يا حرة، ثم قال: قصدتُ نداءها باسمها القديم، لم يقبل فى الظاهر؛ لأن هذا الاسم الآن لا يليق بها، فظاهر اللفظ صريح. ولو كان اسمها القديم فاطمة فغير باسم من أسماء الإماء، فنادها، وقال: يا فاطمة، ونوى العتق، لم ينفذ؛ لأن اللفظ لا يُشعر به.

الثالث: لو قال: يا آزادمرء، ثم قال: أردتُ وصفه بالجوهر، لم يُقبل فى الظاهر، لأن اللفظ صريح إلا أن يكون معه قرينة، كما لو قال لزوجته: أنت طالق، وهو يحل الوثاق عنها وفى قبول نيته - فى حل الوثاق - خلافاً.

الرابع: إذا قال لعبد الغير: أعتقتك، فإن كان فى معرض الإنشاء لغا. وإن كان فى معرض الإقرار، كان مؤاخذاً به إن ملكه يوماً من الدهر.

واعلم أن العتاق والطلاق يتقاربان، وقد فصلنا حكم الألفاظ والتعليقات في الطلاق فلا نعيده، بل نقتصر على ذكر خواص العتق.

النظر الثاني: في خواص العتق

وهي خمسة: السراية، والحصول بالقرابة، والامتناع من المريض فيما جاوز الثلث، والقرعة، والولاء.

الخاصية الأولى: السراية: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد، وله مال، قُوم عليه الباقي»، ففهم من هذا، أن الشرع متشوفٌ إلى تكميل العتق، فلذلك نقول: لو أعتق نصف عبدٍ عتق الجميع. بل لو أعتق يده، أو عضواً آخر، عتق الجميع، وذلك بطريق السراية؟ أو بطريق التعبير بالبعض عن الكل؟ فيه خلاف ذكرناه في الطلاق وتظهر فائدته في الإضافة إلى العضو المقطوع. ولا تثبت السراية من شخص إلى شخص؛ فإن أعتق الجنين، لم تعتق الأم، خلافاً للأستاذ أبي إسحاق، رحمه الله، ولو أعتق الأم عتق الجنين تبعاً كما يتبع في البيع. ولو كان الحمل مملوكاً للغير فلا يسرى. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يسرى.

أما العتق، فإنما يسرى إلى ملك الشريك بشروط أربعة:

أحدها: أن يكون المعتق موسراً، ونعني به أن يكون له من المال قدر قيمة نصيب الشريك. ويعتبر فيه كل ما يُباع في الدين، فلا يترك إلا دست ثوبٍ يليق به، ويبيع فيه داره وعبدته الذي يحتاج إلى خدمته وإن كان لا يباع في الكفارة؛ لأن هذا دين. والمريض ليس موسراً إلا بمقدار الثلث. ولو أوصى بعتق بعض عبدٍ عند موته: لم يسر؛ لأن الميت معسرٌ وقد انتقل ماله إلى الوارث، إلا أن يستثنى بالوصية. فلو قال: أعتقوا نصفه عتقاً سارياً، أعتقنا النصف، ولم يسر؛ لأنه أوصى بمحال إلا أن يوصى بشراء النصيب الثاني وإعتاقه.

فرعان: الأول: لو كان له مالٌ، وعليه مثله دين، فهل يلحق بالمعسر؟ فيه خلاف كما في الزكاة لأن السراية حق الله تعالى كالزكاة.

الثاني: لو كان معسراً يبيع قيمة النصيب فيه وجهان: أحدهما: أنه يسرى بذلك القدر. والثاني: أنه لا يسرى؛ إذ لا بد من تبعض الرق، والشريك يتضرر بتبعض ملكه كما يتضرر المشتري بتبعض المبيع عليه في الشفعة.

الشرط الثاني: أن يتوجه العتق على نصيب نفسه، أو على الجميع، حتى يتناول

نصيبه. فلو قال: أعتقتُ نصيبَ شريكى، لغا قوله. ولو قال: أعتقتُ النصفَ من هذا العبد، فهو محتمل لكل واحد من الجانبين، ولكنه لا يخصص بجانب شريكه. وهل يخصص بجانبه؟ أم يقال: هو نصفٌ شائع فى الجانبين؟ فيه وجهان. ولا تظهر هاهنا فائدته؛ لأنه إذا تناول شيئاً من ملكه، سرى إلى جميع ملكه، ويسرى أيضاً إلى شريكه إلا أن يكون معسراً، لكن تظهر فائدته فى قوله: بعثُ هذا النصف، أو فى إقراره بنصف الضيعة المشتركة لثالث، ففى وجه: يخرج جميع النصف من يده. وفى وجه: يخرج شطر النصف من يده. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: ينزل البيع عن نصف الخاص، والإقرار بشيعة؛ لأن الإنسان قد يخبر عما فى يد الغير ولا يبيع مال الغير. وهذا متحة؛ فليجعل وجهها فى مذهبنا.

الشرط الثالث: أن يعتق باختياره، فلو ورث نصف قريبه، فعتق عليه: لم يسره؛ لأن التقويم تغريمٌ يليق بالتلف.

الشرط الرابع: أن لا يتعلق بمحل السراية حقٌ لازم. فإن تعلق - كما لو كان مرهوناً، أو مدبراً، أو مكاتباً، أو مستولدة - ففى السراية إلى جميع ذلك خلافٌ. وبعضها أولى - بأن لا يسرى - من بعض، وذلك بحسب تأكيد الحقوق.

ثم عتقُ الموصر، متى يسرى؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه فى الحال، حتى لا يتبعض الرقُّ ما أمكن. والثانى: أنه إذا أدى القيمة؛ حتى لا يزول ملكُ الشريك إلا ببدل يمكنه؛ فإن ذلك أهم من السراية. والثالث: أنه موقوف، فإذا أدى تبين السراية من وقت العتق. وإن تعذر استمر الرق نظراً إلى المعنيين جميعاً. ثم يبنى على الأقوال مسائل:

الأولى: فى سراية استيلاد أحد الشريكين الأقوال الثلاثة بالترتيب، وأولى بأن لا يتعجل؛ لأنه علقه عتاقه، لا حقيقة عتاقه. وقيل: أولى بأن يتعجل؛ لأنه فعلٌ، وهو أقوى من القول. ثم إذا سريناه - لكونه موصراً - فعليه نصفُ المهر، ونصفُ قيمة الجارية، ونصفُ قيمة الولد إلا إذا فرعنا على أن الملك ينتقل قبيل العلوق، فتسقط قيمة الولد. وإن كان معسراً، فلا يسرى. ولو استولدها الثانى أيضاً وهو معسر، فهى مستولدتهم. فإن أعتق أحدهما نصيبه وهو موصر، ففى السراية وجهان، أظهرهما: أنه لا يسرى، لأن السراية بتقدير نقل الملك، والمستولدة لا تقبل النقل. ولكن لا يبعد أن يقبل مثل هذا النقل القهرى المفضى إلى العتق، وكذلك لو أعتق الكافر نصيبه من عبدٍ مسلم، ففى السراية وجهان، إذ فى ضمنها نقل الملك ولكن قهراً.

المسألة الثانية: عبدٌ بين ثلاثة، لأحدهم ثلثه، ولآخر سدسه، وللآخر نصفه، فأعتق

اثنان نصيبهما معاً وسرى، فقيمة محل السراية توزع على عدد رعوُسهما؟ أو على قدر ملكيهما؟ فيه قولان كما في الشفعة. وقيل: يُقطع هاهنا بالتوزيع على عدد الرعوُس؛ لأنه إهلاك فيشبه الجراحات. وهو ضعيف؛ لأن الجراحة لا يتقدر أثرها بقدر غورها حتى يقال بأن أربع جراحات، أثر كل واحدة ربع السرية، وهاهنا السبب مقدر تحقيقاً.

المسألة الثالثة: إذا حكمنا بتأخير السراية، فالقيمة بأى يوم تُعتبر؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يوم الإعتاق؛ إذ هو سبب الزوال. والثاني: يوم الأداء؛ إذ عنده فوات الملك. والثالث: يجب أقصى القيمة بين الإعتاق والأداء. وهو الأصح كما يجب أقصى القيمة بين الجراحة والموت.

فرع: إذا اختلفا في قدر قيمة العبد، وقد مات، وتعدر معرفته، فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة ذمته. وفيه قول آخر ضعيف: أن القول قول الطالب؛ إذ يبعد أن ينقل ملكه بقول غيره. أما إذا ادعى الغارم نقصان القيمة بسبب نقيصة طارئة، فالأصل عدم النقص، والأصل براءة الذمة، فيخرج على قولى تقابل الأصلين، وليس معنى تقابل الأصلين استحالة الترجيح، بل يُطلب الترجيح من مدرك آخر سوى استصحاب الأصول. فإن تعدر فليس إلا التوقف، أما تخير المفتي بين متناقضين، فلا وجه له.

المسألة الرابعة: في الطوارئ قبل أداء القيمة على قول التوقف. كموت المعتق، أو العبد، أو بيع الشريك، أو عتقه، أو وطئه، أو إعسار المعتق. أما موت المعتق، فيوجب القيمة في التركة؛ لأنه مستحق عليه الإعتاق. وأما موت العبد، هل يسقط القيمة؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لخروجه من قبول العتق. والثاني: لا؛ لأنه سبق استحقاق العتق على الموت، والقيمة وجبت به.

أما بيع الشريك، فالصحيح أنه لا ينفذ؛ فإنه يبطل استحقاق العتق، وأما إعتاقه ففيه وجهان: أحدهما: لا ينفذ؛ لأن الأول استحقاق إعتاقه من نفسه. والثاني: أنه يصح؛ لأن الملك قائم، والمقصود أصل العتق.

وأما وطؤه، فيوجب نصف المهر لنصفها الحر. والظاهر: أنه لا يجب للنصف الثاني؛ لأن ملكه باق. وفيه وجه: أنه يجب للشريك الأول؛ فإن الملك مستحق الانقلاب إليه. وأما إعسار المعتق، فالصحيح أنه يرفع الحجر عن الشريك في التصرف؛ لأننا أحرنا العتق لأجل حقه؛ فلا يمكن تعطيل ملكه بغير بدل. نعم لو كان معسراً أولاً، فطرآن اليسار لا يؤثر في السراية.

المسألة الخامسة: إذا قال أحد الشريكين لصاحبه: إذا أعتقت أنت نصيبك، فنصيبى

أيضاً حر، فإذا أعتق المقول له ذلك - وكان موسراً، ورأينا تعجيل السراية - عتق العبد كله عليه؛ لأنه اجتمع على النصف تعليق وسراية. والسراية أولى؛ لكونها قهرية تابعة لعتق النصف الآخر الذي لا يقبل الدفع. وأما التعليق فلفظ يقبل الدفع. وإن فرعنا على التأخير، فيعتق النصف الآخر بالتعليق، كما لو أنشأ العتق معه أو بعده إلا إذا فرعنا على أن عتقه لا ينفذ لاستحقاق السراية، فحينئذ يندفع التعليق باستحقاق السراية كما يندفع بنفس السراية. أما إذا كان معسراً فتلغو السراية، وينفذ التعليق.

ولو قال: فنصيبى حر قبله - وكانا معسرين - عتق كل نصيب على صاحبه، وإن كانا موسرين، فهذا من الدور؛ إذ لو عتق قبل مباشرته بحكم التعليق، لسرى وامتنعت المباشرة بعده، وانعدمت الصفة التي عليها التعليق؛ فتتعدم السراية، فهذا عند ابن الخداد يقتضى الحجر على المالك فى إعتاق نصيب نفسه.

المسألة السادسة: إذا قال أحدهما لصاحبه: قد أعتقت نصيبك وأنت موسر، فأنكر: عتق نصيب المدعى مجاناً؛ مواخذةً له بقوله، وذلك ظاهر ولكن على قول تعجيل السراية. ثم له أن يحلفه، فلو نكل، فحلف المدعى: أخذ قيمة نصيبه ولم يُحكم بعتق نصيب المدعى عليه يمينه المزدودة؛ لأن دعواه إنما قبلت لأجل قيمة نصيبه، وإلا فدعوى الإنسان على غيره أنه أعتق ملك نفسه غير مسموع، بل إنما تسمع الشهادة على سبيل الحسبة.

ولو ادعى كل واحدٍ من الشريكين على الآخر أنه أعتق نصيب نفسه: فإن كانا معسرين، بقى العبد رقيقاً. وإن كانا موسرين، عتق العبد، وولاؤه موقوف؛ إذ لا يدعيه أحدهما لنفسه.

الخاصية الثالثة: العتق بالقراية: وكل من دخل فى ملكه أحد أبعاضه: عتق عليه إن كان من أهل التبرع. فهذه ثلاثة قيود:

الأول: قولنا: «دخل فى ملكه»، وقد تناولنا بهذا: الإرث، والهبة، والشراء، وكل ملك، قهراً كان أو اختياراً؛ لأن هذا العتق صلة، فلا يستدعى الاختيار. والسراية غرامة؛ فلا تحصل إلا بعد الاختيار.

الثانى: الأبعاض. وقد تناولنا به جميع الفروع والأصول، وهو كل من يستحق النفقة، وأخرجنا الإخوة. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يعتق كل ذى محرم. الثالث: أهية التبرع. ويخرج عليه الطفل والمريض والمحجور.

أما الطفل، فليس لوليه أن يشتري له قريبه الذى يعتق عليه. ولو وهب له لم يجز قبوله حيث تجب نفقته، بأن يكون الموهوب غير كسوب، والصبي موسر. وحيث لا تجب النفقة فى الحال يجوز القبول. وإن كان يتوقع فى المال فلا ينظر إليه؟ ثم إذا قبل عتق عليه. ولو وهب منه نصف قريبه وتوقع من قبوله السراية والغرامة، فلا يقبله الولي. وفيه وجه: أنه يُقبل ولا يسرى.

أما المريض، فلو اشترى قريبه عتق من ثلثه. فإن لم يف به فلا يعتق. وإن ملكه بإرث أو هبة، فيعتق من الثلث، أو رأس المال؟ فيه وجهان: أحدهما: من الثلث؛ كما لو اتهم عبداً وأنشأ عتقه. والثاني: من رأس المال؛ لأنه عتق بغير اختياره، ولم يذل فى مقابلته شيئاً.

ولو اشتراه بألف، وهو يساوى ألفين، فقدّرُ المحاباة يخرج على أحد الوجهين، والباقي يُحسب من الثلث.

أما المحجور بسبب الدين - مريضاً كان أو مفلساً - فيعتق عليه قريبه الذى ورثه أو اتهمه إن قلنا: إنه يحسب من رأس المال. أما إذا اشترى، ففي وجه: يبطل الشراء. وفي وجه: يملك ولا يعتق.

فرع: إذا قهر الحربى حربياً آخر ملكه. فلو قهر أباه، فهل يملكه حتى يصح بيعه؟ قال أبو زيد: يملكه؛ لأنه - وإن كان يعتق قهراً - فقهر العتق ملك، والقهر دائم. وقال ابن الحداد: لا يملك؛ لأن القرابة دافعة، وهى دائمة مع القهر.

قاعدة مركبة من عتق القرابة والسراية: وهى أن الموسر إذا اشترى نصف قريبه، عتق وسرى، وكذا لو اتهم. ولو ورث عتق ولم يسر؛ لأنه لا اختيار.

واعلم أن اختيار وكيله ونائبه - شرعاً - كاختياره، حتى لو أوصى له ببعض أبيه - فمات قبل القبول وورثه أخوه، فقبل بنيايته: عتق كله على الميت إن كان فى الثلث وفاءً؛ لأن قبوله كقبول الميت، فكأن الميت ملكه فى الحياة.

ولو أوصى له بنصف ابن أخيه، فمات قبل القبول، وورثه أخوه وقبل، فهل يسرى على القابل؛ فإنه ابنه؟ فيه وجهان. ووجه منع السراية: أن قبوله يحصل الملك للميت أولاً، ثم ينتقل إليه قهراً.

ويجوز الوجهان فى كل ملك يحصل غير مقصود فى نفسه، كما لو باع بعض من يعتق على وارثه بثوب، ثم رد الوارث الثوب بعيب: رجع إليه بعض قريبه ضمناً لرد

العوض. وكذلك إذا عجز مكاتبه وكان في يده بعض قريبه. ولو عجز المكاتب نفسه، فرجع بعض قريب السيد إليه، لم يسر قطعاً.

الخاصية الثالثة: امتناع العتق بالمرض إذا لم يف الثلث به: فلو أعتق عبداً - لا مال له غيره - عتق ثلثه، ورق ثلثاه للورثة. فإن ظهر عليه دين مُستغرق، بيع كله في الدين. ولو مات العبد قبل موت السيد، قال القفال: مات وثلثه حر، وثلثاه رقيق. وقيل: إنه مات حرّاً؛ لأن الإرقاق إنما يكون حيث يكون للورثة فيه فائدة. وقيل: يموت كله رقيقاً؛ لأن الثلث إنما يعتق إذا حصل للوارث ثلثاه. وتظهر فائدة هذا فيما لو وهب عبداً وأقبضه ومات، ثم مات السيد، فيظهر أثر الخلاف في مؤنة التحفيز وأنها على من؟ أم لو قبله المتهب، فهو كالباقى حتى يغرم قيمة الزائد على الثلث.

فرع: لو أعتق ثلاثة أعبد - لا مال له غيرهم - ومات واحد قبل موت السيد، قال الأصحاب: يدخل الميت في القرعة، فإن خرجت له رق الآخرون. وإن خرج على أحد الحيين عتق ثلثاه فقط. وهذا إنما يصح على اختيار القفال. فأما من جعل الميت قبل السيد كالمعدوم، فلا ينقذ عنده إدخاله في القرعة. أما إذا مات أحدهم بعد موت السيد، ولكن قبل امتداد يد الوارث وقبل القرعة: فيدخل في القرعة. فإن خرج عليه رق الآخرون، وإن خرج على أحد الباقيين عتق ثلثاه ولم يحتسب ما لم يدخل في يد الوارث عليه. وإن كان دخل في يده، ولكن مات قبل القرعة، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يحسب عليه، حتى لو خرجت على واحد من الحيين عتق بكماله. والثاني: لا؛ لأنه كان محجوراً عن التصرف قبل القرعة، فأى فائدة لليد؟

الخاصية الرابعة: القرعة والنظر في محلها وكيفيتها:

أما «محلها» فإن أعتق عبيداً معاً لا يفى ثلثه بهم؛ فقد أعتق رجل ستة أعبد لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله ﷺ ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم^(١). وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا قرعة، ويوزع عليهم؛ فاعتق من كل واحد ثلثه. وهو القياس، ولكن تشوف المشرع إلى تكميل العتق؛ فوجب اتباع الخبر. والمذهب أن القرعة جارية فيما لو أوصى بعتقهم، وفيما لو قال: الثلث من كل واحد منكم حرّ. وفيه وجه: أن الخبر إنما ورد في تنجيز العتق على الجميع؛ فلا تلحق به الوصية ولا صريح التجزئة، بل يجري على القياس.

(١) الحديث عن عمران بن حصين، أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً. أخرجه مسلم (ح ١٦٦٨).

أما إذا أعتق على ترتيب، فلا خلاف أن السابق يُقدم ولا قرعة. وأما الوصية، فلا ينظر فيها إلى التقدم والتأخر؛ لأن الموت جامعٌ لوقت العتق، وهو واحد. نعم، لو دبر عبداً وأوصى بعتق آخر، فالمدير يتصل عتقه بالموت، والوصية تقف على الإنشاء بعده، ففيه وجهان: أحدهما: تقديم المدير. والثاني: التسوية؛ لأن استحقاق الموصى به يُقارب عتق المدير.

فروع: في الدَّور، وكيفية الإخراج من الثلث، فإذا أعتق ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد مائة، ولا مال له غيرهم، ولكن اكتسب واحد مائة قبل الموت، فيقرع بينهم، فإن خرج على المكتسب، فلا إشكال، وقد عتق وفاز بالكسب، ورقَّ الآخرون، ولو خرج على غيره عتق ولم يُقنَّع به؛ لأنه يبقى للورثة عبدان ومائة أخرى هي الكسب، فيقرع مرة أخرى بين العبدین الآخرين، فإن خرج على غير المكتسب، فيعتق منه ثلثه، وبه يتم ثلث أربعمائة، إذ مهما رَقَّ المكتسب صار المال أربعمائة، وإن خرج على المكتسب وقع الدور؛ لأن كل جزء يعتق منه، فيستتبع جزءاً من الكسب في مقابلته، وينقص مبلغ الميراث به، إذ ما يتبع الجزء يخرج من حساب الميراث، فسيبيله الجبر والمقابلة، فطريق عمله أن نقول: عتق من المكتسب شيء وتبعه مثله؛ لأن الكسب مثل قيمته.

ولو كان اكتسب مائتين، لقلنا: تبعه مثله، ولو كان اكتسب خمسين، لقلنا: تبعه مثل نصفه، فإن كان الكسب مائة، وتبعه مثله، بقي في يد الورثة ثلاثمائة إلا شيئين، إذ أعتقنا شيئاً وتبعه مثله، وهي تعدل مثلي ما أعتقنا، فيكون مائتين وشيئين، أعتقنا مائة وشيئاً، ففي أيديهم ثلاثان إلا شيئين، تعدل مائتين وشيئين، فتجبر الثلاثمائة بشيئين، فيصير في أيديهم ثلاثمائة تعدل مائتين وأربعة أشياء، فالمائتان بالمائتين قصاص، تبقى مائة في مقابلة أربعة أشياء، فيكون كل شيء ربع المائة، فقد ظهر لنا أن الذي أعتقنا كان ربع العبد، وهو قدر خمس وعشرين، وتبعه من الكسب مثله، فتصير خمسين، ويبقى في يد الورثة من بقية الكسب والعبدین قدر مائتين وخمسين، وهو ضعف ما أعتقناه، فإننا أعتقنا مائة وخمسة وعشرين، وذلك ما أردنا أن نبين، ومهما زادت قيمة عبد، فهو ككسبه، ولو كانت جارية فحملت، فالحمل كالكسب.

الطريق الثاني: في كيفية القرعة، وكيفية التجزئة: أما كيفية القرعة، فقد ذكرناها في كتاب القسمة، ويتخير بين أن يكتب اسم العبيد، أو يكتب الرق والحرية، ولعل الأسهل أن يكتب اسم الحرية في رقعة، والرق في رقتين، وتدرج في بنادق متساوية، وتسلم إلى صبي، حتى يُعطى كل عبد بندقة، وهذا يقطع النزاع في البداية باسم من تخرج عليه.

ولو اتفقا على أنه إن طار غراب، فغانم حر مثلاً، وإن وضع صبي يده على واحد، فهو حر، فذلك لا أثر له، بل لا بد من القرعة، كما ورد الشرع. نعم لا يتعين الكاغد في الرقعة، لكن يجوز بالخشب وغيره، وقد أقرع رسول الله ﷺ في المغانم مرة بالنوى، ومرة بالبر.

أما كيفية التجزئة، فإن أعتق ثلاثة أعبد، أو ستة، وهم متساووا القيمة، فيسهل تجزئتهم بثلاثة أجزاء. أما إذا خالفت القيمة العدد، فإن أمكن التجزئة إلى ثلاثة أجزاء بالقيمة، فيفعل ولا يبالي بتفاوت العدد حتى لو كانوا أربعة وقيمة اثنين مائة، وقيمة كل واحد من الآخرين مائة، جعل الاثنين جزءاً واحداً، فإذا خرجت لهما القرعة عتقا، أما إذا لم يمكن ذلك، بأن كانوا ثمانية أعبد مثلاً، ولا تنقسم إلى ثلاثة أجزاء، إذا تساوت قيمتهم، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجزأ، بحيث يقرب من الثلث، فيجعل ثلاثة وثلاثة واثنين، فإن خرج على الثلاثة قرعة الحرية لم يعتق جميعهم، بل تعاد القرعة بينهم بسهم رق، وسهمى عتق، فمن خرج له سهم الرق، رَقَّ ثلثه وعتق ثلثاه.

والثاني: أنه لا يجب الثلث، بل يجوز تجزئتهم مثلاً أربعة أجزاء، سهم عتق، وثلاثة أسهم رق، فأى عبيدين خرج لهما القرعة بالحرية عتقا، ثم تصاد بين الستة، فيجزعون بثلاثة أجزاء، ويضرب بينهم سهم عتق وسهما رق، فأى عبيدين خرج لهما سهم العتق انحصر فيهما، ثم تعاد بينهما، فمن خرج له عتق ثلثاه مع الآخرين، والصحيح أن هذا في الاستحباب، وقال الصيدلاني: الخلاف في الاستحقاق.

فرع: إذا كان على الميت دين مستغرق، بطل العتق. وإن لم يستغرق فالباقى بعد الدين كأنه كل المال، فينفذ العتق بقدر ثلث الباقي، وإذا لم يملك إلا عبيداً أعتقهم، فيقرع أولاً سهم دين، وسهم تركة حتى يتعين بعضهم للدين، فيصرف أولاً إلى الدين، ثم يقرع للعتق والورثة في الباقي؛ لأنه ربما يموت من تعين للدين قبل أن يصرف إليه. ولا يجوز أن يكتب رقعة للعتق، وأخرى للدين، وأخرى للورثة دفعة واحدة؛ لأنه ربما سبق رقعة العتق، ولا يمكن تنفيذه قبل قضاء الدين، وفيه وجه أنه يجوز.

ثم إذا خرج أولاً سهم العتق وقفنا في التنفيذ إلى أن يقضى الدين، ثم كيفية القرعة، على الصحيح، أن ينظر، فإن كان الدين ربع التركة مثلاً، قسمنا العبيد أربعة أجزاء، وإن كان ثلاثة قسمناهم ثلاثة أجزاء، فإذا خرج قرعة الدين لقسم صرفناه إلى الدين.

ثم إذا دفعنا بعض العتق، فظهر للميت دين، أعدنا القرعة بقدر ما اتسعت التركة، ولا يخفى وجهه.

النظر الثالث: في فروع متفرقة

الأول: إذا أُبهم العتق بين جارين، ثم وطئ أحدهما، هل يكون ذلك تعييناً للملك فيها؟ فيه وجهان ذكرناهما في الطلاق. وفي الاستمتاع باللمس والقبلة وجهان مرتبان، وأولى بأن لا يكون تعييناً، وفي الاستخدام وجهان مرتبان، ويعد جعله تعييناً، وبقية أحكام الإبهام ذكرناها في الطلاق.

الثاني: إذا قال لجاريته: أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ميتاً، ثم حيّاً، لم يعتق الحى، والمحلت اليمين بالميت، خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله.

الثالث: لو قال لعبده: أنت ابني، ثبت نسبه وعتق، إلا أن يكون أكبر سنّاً منه فيلغوا؛ لأنه ذكر محلاً. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: يعتق، وإن لم يثبت النسب.

ولو كان مشهور النسب من غيره، لم يثبت النسب، وفي العتق وجهان؛ لأن ما صرح به ممتنع شرعاً لا حساً، بخلاف من هو أكبر منه.

الرابع: إذا أعتق الوارث عبداً من التركة قبل قضاء دين الميت، أو باعه، فذلك ينبنى على أن تعلق حق الغرم بالتركة كتعلق أرش الجناية، أو كتعلق المرتهن، أو بمنع أصل ملك الوارث؟ وفيه ثلاثة أوجه، ولعل الأصح أنه إن كان معسراً لم ينفذ تصرفه، وإن كان موسراً، فيكون تصرفه كتصرف الراهن.

الخامس: لو قال: إذا أعتقت غانماً فسالماً حر، ثم أعتق غانماً وهو مريض، وكل واحد ثلث ماله، لم يقرع بينهما، بل يعتق غانم؛ لأنه ربما تخرج القرعة على سالم فيعتق من غير وجود الصفة، وهو وجود عتق غانم، وفيه وجه أنه يقرع، وهو غلط.

السادس: إذا قال أحد الشريكين: إن كان هذا الطائر غريباً فنصيبى حر، وقال الآخر: إن لم يكن غريباً فنصيبى حر، واستبهم، فإن كانا موسرين، نفذ عتق العبد، إذ أحدهما حانث، وليس لأحدهما أن يطالب الآخر بقيمة السراية، وإن كانا معسرين رقب العبد إذ كل واحد يشك في عتق نصيب نفسه، والأصل بقاء الملك.

فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق نصف العبد، إذ تيقن أن في يده نصف حر، وكذا لو اشترى ثالث العبد حكم عليه بحرية نصفه، وليس له الرد عليهما ولا على أحدهما؛ لأن كل واحد يزعم أن نصيبه رقيق، وفيه وجه أنه يرد إذا كان

جاهلاً، وهو فاسد؛ لأن العتق قد نفذ عليه، فكيف ينقض؟.

السابع: وقف بين يديه غانم وسالم، فقال: أحكما حر، ثم غاب سالم ووقف ميسر بجنب غانم، فقال: أحكما حر، ثم مات قبل البيان، وقلنا: الوارث لا يقوم مقامه في التعيين، فيقرع بين غانم وسالم، فإن خرج على سالم عتق، وأقرع بين غانم وميسر، ويعتق من خرج.

أما إذا خرج أولاً على غانم، فهل تعاد بينه وبين ميسر؟ فيه وجهان. قال الماسرحسي: تعاد؛ لأنه أبهم مرتين فيقرع مرتين. وقال الأستاذ أبو إسحاق: لا تعاد؛ لأن القرعة كتعيين المالك أو بيانه لما نواه.

ولو قال المالك: أردت بالإبهامين غانماً فقط، أو عين غانماً عن الإبهامين لانقطعت المطالبة عنه، فينزل الأمر بعد موته على الأول، ويقنع بعتق غانم.

الثامن: إذا كان له عبدان، فقال: أعتقت أحكما على ألف، وقبّل كل واحد، ومات قبل البيان، أقرع بينهما، فمن خرج له عتق ولزمه قيمة رقبته؛ لفساد العوض بالإبهام، وفيه وجه أن المسمى أيضاً يحتمل الإبهام، تبعاً للعتق، فيلزم الألف.

التاسع: جارية مشتركة زوجها من ابن أحد الشريكين، فولدت عتق نصفها على أحد الشريكين؛ لأنه جد المولود، ولا يسرى عليه؛ لأنه عتق بغير اختياره، ولا يجعل بالإذن في التزويج، مختاراً وقد تخلل بعد الوطاء والعلوق باختيار غيره. وقيل: سببه أن الولد ينعقد حرّاً، وإنما يسرى العتق الطاريء دون الحرية الأصلية. وقد قيل: إنه ينعقد رقيقاً، ثم يعتق كما لو اشترى قريبه، ملكه ثم عتق عليه. وعندى أنه لا يملك، بل يندفع الملك بموجب العتق، ويكون الاندفاع في معنى الانقطاع، وكذلك الولد يندفع رقبته، ولهذا غَوَّرَ ذكرناه في تحصين المآخذ في مسألة شريك الأب.

العاشر: المغرور بنكاح الأمة، يغرّم قيمة الولد للسيد، فلو غرّ بجارية أبيه، ففنى لزوم قيمة الولد، وجهان: أحدهما: أنه لا يجب؛ لأنه يعتق بسبب الجدودة وإن لم يكن ظن المغرور، فإنه لو زوجها من ابنه كان ولده حرّاً. والثاني: أنه يغرّم؛ لأن الأب لم يرض بتعرض ولد جاريته للعتق بنكاح ابنه، فلا يفوت عليه.

الخاصية الخامسة: الولاء: والنظر في سببه. وحكمه، وفروعه.

الأول: في السبب: وسببه زوال الملك بالحرية، فكل من زال ملكه عن رقيق بالحرية، فهو مولاه، سواء نَجَزَ، أو عَلَّقَ، أو دَبَّرَ، أو كاتب فتمت الكتابة، أو استولدت فمات،

أو أعتق العبد بعوض، أو اشترى قريبه فعتق عليه، أو ورثه فعتق عليه قهراً، أو سرى عتقه إلى نصيب شريكه، وسواء اتفق الدين عند العتق أو اختلف.

ولو باع عبده من نفسه، فالظاهر أيضاً أن الولاء له، وفيه وجه أن لا ولاء له في هذه الصورة أصلاً.

وأما حقيقة الولاء، فهو لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَسَبِ كما قال رسول الله ﷺ^(١)؛ فلذلك نقول: لو شرط في العتق نفى الولاء، أو شرطه لغيره، أو شرطه لبیت المال، لغا شرطه، وهذا لأن المعتق كالأب، فإنه سبب في وجود العبد، إذ كان العبد مفقوداً لنفسه، موجوداً لسيده، فقد أوجده لنفسه بالعتق، ولذلك قال رسول الله ﷺ: «لَنْ يُجْزَى وَلَدُ وَالِدِهِ حَتَّى يَجِدَهُ مَمْلُوكًا، فَيَشْتَرِيهِ فَيَعْتِقَهُ»^(٢)؛ لأنه إذا أعتقه فقد كافأه على الأبوة، إذ صار سبباً لوجوده الحكمي كما كان الأب سبباً لوجوده الحسي.

ولهذا قال بعض الأصحاب: تحرم الصدقة على موالى بنى هاشم، وإذا أوصى لبنى فلان دَخَلَ فِيهِمْ مَوَالِيهِمْ. ولهذا نقول: لا يثبت الولاء بالمخالفة والموالة خلافاً لأبى حنيفة، رحمه الله؛ لأن الولاء ثمرة الإنعام بالإيجاد الحكمي، فلا يحصل بالمعاقدة، ولذلك نقول: يسترسل ولاء المعتق على أولاد العتيق وأحفاده، وعلى معتق العتيق، ومعتق معتقه، وإن سفلوا. وقد حصل لك من هذا أن الشخص قد يثبت الولاء عليه لمعتقه أو لمعتق أصوله من أب وأم، وجد وحملة، أو لمعتق معتقه، ويسترسل الولاء على سائر أحفاد العتيق إلا في ثلاثة مواضع:

الأول: أن يكون فيهم من مسه الرق، فالولاء عليه لمباشر العتق ولعصباته ولا ينجر إلى معتق الأصول أصلاً.

الثاني: أن يكون فيهم من أبوه حرٌّ أصلي، ما مس الرق أباه، فلا ولاء على ولده كما لا ولاء عليه، وهو مذهب مالك، رحمه الله. ومنهم من قال: يثبت الولاء نظراً إلى

(١) حديث: «الولاء لحمه كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب». أخرجه عن علي، رضي الله عنه، مرفوعاً البيهقي (٢٤٠/٦)، ٢٩٢/١٠، ٢٩٣، ٢٩٤، وعبد الرزاق (١٦١٤٩)، وابن عبد البر في التمهيد (٦٩/٣)، والهيتمي (٢٣١/٤)، والحاكم في المستدرک وصححه ووافقه الذهبي (٣٤١/٤)، والساعاتي في بدائع المنن (١٢٣٢)، والشافعي (٣٣٨)، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢١٣/٤)، وابن عدى في الكامل (١٩٨٨/٥)، ٢٠٣٦/٦، ٢٦٤٧/٧، وابن أبي حاتم في علل الحديث (١٦٤٥)، والعجلوني في كشف الخفا (٤٨١/٢)، والألباني في إرواء الغليل (١٠٩/٦).

(٢) الحديث سبق تخريجه، وهو في صحيح مسلم (١٥١٠).

جانب الأم، فإنها في محل الولاء، وهو ضعيف؛ لأن جانب الأب مقدم في باب الولاء كما سيأتى في الجدل. وفيه وجه أن أباه إن كان عربيًا يعلم نسبه، وأن لا رق في نسبه، فلا ولاء عليه، وإن حكم بحريته بظاهر الحال، كالتركي والخوزي والنبطي، فيثبت الولاء عليه، وهذا مذهب أبي حنيفة، رحمه الله.

الثالث: أن تكون أمه حرة أصلية، وإنما المعتقد أبوه، فالظاهر هاهنا ثبوت الولاء، نظرًا إلى جانب الأب. وفيه وجه أنه لا يثبت، فعلى هذا لا يثبت الولاء بالسراية من الأصل إلا على ولد ليس في أصوله حر أصلي.

هذه قاعدة الولاء، والنظر بعده في التقديم والتأخير. والأصل فيه أن من مسه الرق، فالولاء عليه لمباشر العتق لا لمعتقد أبيه ومعتقد أمه، فإن لم يمسه الرق، بأن يولد حرًا من رقيقين في صورة الغرور، أو من معتقين، فالولاء عليه لموالى الأب، وهو مقدم على موالى الأم، فإن كان الأب رقيقًا بعدد، لا ولاء عليه، فالولاء لموالى الأم إلى أن يعتق الأب، فينجر من موالى الأم إلى موالى الأب، إلى أن يتعذر جره إلى موالى الأب بأن يشتري هو أب نفسه، فيعتق عليه، إذ هو مولى أب نفسه، فلا يمكن إثبات الولاء على نفسه، ويبقى الولاء لموالى الأم. وقال ابن سريج: ينجر الولاء إليه ويسقط، ويصير كشخص لا ولاء عليه أصلاً.

فرعان: أحدهما: لو كان الأب رقيقًا فأعتق أب الأب، ففى انجرار الولاء إليه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن الأب رقيق، فيلزم أن ينجر من موالى الجد إلى موالى الأب إذا أعتق، والمنجر ينبغي أن يستقر، ولا ينجر ثانيًا. والثاني، وهو الأصح؛ أنه ينجر إليه، ثم ينجر إلى الأب، وليس يشترط استقرار المنجر.

ولو أن مولودًا ما مسه الرق، وهو من أبوين ما مسهما الرق، لكن لكل واحد من أبويه أبوان رقيقان إلا أم أمه فإنها معتقة، فالولاء فيه تبع لولاء أمه، وولاء أمه تبع لولاء أمها، فإن أعتق أب أمه انجر الولاء إلى موالى أب الأم، فإن أعتقت أم الأب انجر الولاء إلى موالى أم أمه، فإن أعتق أبو أبيه انجر إلى موالى أب أبيه، واستقر فيه.

فإن فرضنا الأب رقيقًا، تصور أن ينجر إلى معتق الأب من معتق الجد أيضًا، والمقصود أن أب الأم أولى بالاستتباع من أم الأم، وأم الأب أولى من أب الأم، وأب الأب أولى من أم الأب، والأب أولى من أب الأب، فيقع الانجرار بحسبه إلى أن يستقر على ما لا يوجد أولى منه.

الفرع الثاني: لو أعتق أمة حاملًا عتق الجنين، وولاء الجنين لموالى الأم لا لموالى أبيه؛

لأنه عتق بالمباشرة، فالمباشرة أولى لمباشرة، لا لأنه مولى أمه، وهذا إذا عُلِمَ أن الجنين كان موجوداً يوم الإعتاق بأن يؤتى به لأقل من ستة أشهر، فإن كان لأقل من أربع سنين، بحيث يفترشها الزوج، ففيه قولان ذكرنا نظيرهما فى مواضع، من حيث أن إثبات النسب يدل على تقدير وجوده وقت العتق، ولكن يجوز أن يكفى فى النسب بالاحتمال، ولا يكفى فى الولاية.

فى أحكام الولاء

وهى ثلاثة: ولاية التزويج، وتحمل العقل^(١)، والوراثة؛ لأن الولاء يفيد العصبية، وهذه نتائج العصبية. وقد ذكرناها فى مواضع، ولكن ننبه الآن فى الميراث على أمور:

الأول: أن المعتق إذا مات ولم يخلف إلا أب المعتق وأمّه، فلا شيء للأُم، ولو خلف ابن المعتق وبنته فلا شيء للبنت، ولو خلف أب المعتق وابنه، فلا شيء للأب؛ لأن الأب ليس عصبه مع الابن، والميراث لعصبة المعتق، ولا يعصب الأخ أخته فى باب الولاء، وعلى الجملة، فالولاء يورث به ولا يورث فى نفسه، وإنما يرث به العصباء، فيقدر موت المعتق بدل موت العتيق، يوم موت العتيق، وكل من يأخذ ميراثه بعصبته فيأخذ ميراث عتيقه، ولا يُستثنى عن هذا إلا الجدة والإخوة، فإن فيهم قولين: أحدهما: أن أخ المعتق يُقدم على جده؛ لقوة البتوة فى العصبية. والثانى: أنهم يتقاسمون كما فى ميراث النسب، لكن لا مُعَادَة بالأخ للأب مع الجد، بل يُقدم عليه الأخ للأب، ولا يعاد عليه الأخ للأب، وهذا مذهب زيد. وفيه وجه: أن الأخ للأب يُساوى الأخ للأب والأم؛ لأنه لا أثر للأُمومة فى الولاء.

الثانى: أن المرأة لا يتصور أن ترث بالولاء إلا إذا باشرت العتق، فهى كالرجل فى المباشرة، حيث ثبت لها الولاء على عتيقها وعلى أولاد عتيقها وعلى عتيق عتيقها.

الثالث: لو خَلَفَ رجل ابنين وولاء مولى، فالولاء لهما، فإن مات أحدهما عن ابن، ثم مات العتيق، فميراثه لابن المعتق وليس لابن الابن شيء؛ لأنه لو قدر موت المعتق فى ذلك الوقت ما ورثه ابن الابن، فلا يرث عتيقه، وهو معنى قولهم: الولاء لأقعد ولد المعتق، أى الأقرب.

الرابع: أن النسبة قد تتركب من النسب والعتق، فيلتبس أمره التقديم والتأخير، فقد يثبت الولاء لأب معتق الأب وللمعتق أب المعتق، وينبغى أن يُقدم معتق الميت، ثم عصباء

(١) العقل: الدية، ومنها أخذت العاقلة كما سبق.

معتقه، ثم معتق معتقه.

ولو قيل لك: معتق أب، وأب معتق، فأيهما أولى؟ فهذه أغلوطة، فإن الميت له معتق، فولأؤه لمعتقه وعصبات معتقه، فلا يكون لمعتق أبيه وأمه حق فيه، فإن ولاء المباشرة لا ينجر، وإنما ينجر ولاء السراية إلى الأولاد، فإذا من له أب معتق فالولاء عليه، كان بالمباشرة لمعتقه أو لعصبات معتقه أو لمعتق معتقه إذا كان له معتق، وليس لمعتق أبيه ولاء أصلاً، فكيف يقابل بأب المعتق، وكذلك قد يُظن أن معتق أب المعتق أولى من معتق معتق المعتق؛ لأنه يدلى بالولاء حيث توسط الأب، وهو غلط؛ لما ذكرناه من أن للميت معتقاً فولأؤه له بالمباشرة، فلا حق فيه لمن يدلى بإعتاق أبيه.

فُرُوع مُشْكِلَةٌ:

الأول: اشترى أخ وأخت أباهما، فعتق عليهما، فأعتق الأب عبداً ومات، ثم مات العتيق، فقد غلط في هذه المسألة أربعمائة قاض فضلاً عن غيرهم، إذ قالوا: ميراث العتيق بين الأخ والأخت؛ لأنهما مُعتقا معتقه، وإنما الحق أن الميراث للأخ ولا شيء للأخت؛ لأنها إن أخذت لأنها معتقة المعتق، فهو محال، إذ عصبه المعتق أولى، وأخوها عصبه المعتق، بل لو خلف الأب ابن عم بعيد، لكان أولى من البنت.

المسألة بحالها: لو مات الأخ وخلف هذه الأخت، فلها نصف ميراثه بالأخوة، ولها من الباقي نصفه؛ لأنها لما اشترت أباهما ثبت لها نصف الولاء على الأب، واسترسل على أولاده، وأخوها من أولاد أبيها، فلها نصف الولاء عليه، فتحصل على ثلاثة أرباع ميراثه.

ولو مات الأب، ثم مات الابن، ثم مات العتيق، فلها ثلاثة أرباع ماله، أما النصف، فلأن لها نصف الولاء على معتقه، وأما الربع، فلأن لها الولاء أيضاً على أخيها الذي هو مُعتق نصف المعتق، فهي في أحد النصفين معتقة المعتق، وفي نصف النصف معتقة أبي معتق المعتق.

الثاني: أختان خلفتا حرتين في نكاح غرور، اشترت إحداهما أباهما والأخرى أمها، فولاء التي اشترت أمها انجر إلى التي اشترت أباهما، فثبت الولاء لمشتري الأب على مشتري الأم. وأما مشتري الأم، فالمنصوص أن ولاء صاحبتهما أيضاً ثبت لها، فتكون كل واحدة مولى صاحبتها؛ لأن التي اشترت الأب لا تقدر أن تجر ولاء نفسها إلى نفسها، فيبقى لمشتري الأم، فإنها معتقة الأم.

وقال ابن سريج: تخرج إلى نفسها، ويسقط، فإذا ثبت هذا، فلو مات الأب فلهما ثلث ميراثه بالبنوة، والباقي لمشتري الأب بالولاء، فإن مات بعد ذلك مشتري الأم، ولا وراث لها سوى الأخت، فنصف ميراثها لها بالأخوة، والباقي بالولاء؛ لأنها حرة ولأهها بإعتاق الأب، وكذلك كان ميراثها لمشتري الأم، على النص، بالأخوة والولاء، وعند ابن سريج: النصف لها والباقي لبيت المال، إذ لا ولاء عليها.

الثالث: في الذُّور: اشترت أختان أمهما، وعتقت عليهما، ثم إن الأم شاركت أجنبيًا في شراء أبيهما، أعني أب الأختين، وأعتقاه، فثبتت الولاء لهما نصفان، على الأب وعلى الأختين أيضًا؛ لأنهما ولدا معتقهما، وولاء الأب يجر الولاء من مولى الأم، والأختان هما مولى أم نفسيهما، فإذا ماتت الأم فلهما الثلثان بالنسب، والباقي بينهما بالولاء؛ لأنهما اشترى الأم.

ثم إذا مات الأب، فلهما ثلثا ميراثه بالبنوة، والباقي بين الأجنبي والأم؛ لأنهما معتقاه.

ولو مات الأبوان، ثم مات إحدى الأختين، فنصف ميراثها لأختها بالنسب، والنصف الآخر بين الأجنبي والأم لو كانت حية؛ لأنهما معتقا الأب، والآن فالأم ميتة، فنصيبها، وهو الربع، يجب أن يكون لمعتقيها وهما الأختان، الحية والميتة، فيصرف النصف إلى الحية ويبقى نصفه، وهو الثمن، للميتة.

والقياس أن يصرف إلى من له ولاء الميتة وهو الأجنبي والأم، ثم قدر ولاء الأم يرجع إلى الحية والميتة.

ثم قدر ولاء الميتة، من الأم، يرجع إلى الأجنبي والأم فيلزم بينهما الثمن لا ينفصل، بل لا يزال يرجع منه شيء إلى الميتة، فالصواب أن يقسم المال من ستة: ثلاثة للأخت بالنسب، والباقي بين الأجنبي وبينهما بالولاء أثلاثًا، للأجنبي سهمان ولها سهم، فتحصل الأخت على أربعة أسهم، والأجنبي على سهمين.

وغلط ابن الحداد، فقال: يُصرف الثمن إلى بيت المال؛ لتعذر مصرفه، وهو فاسد؛ لأنه كلما دار، رجع إلى الأجنبي ضعف ما يرجع إلى الأخت، فيقسم كذلك، والله أعلم وأحكم.

كتاب التدبير

والنظر في أركانه وأحكامه.

الأول في الأركان

وهو اثنان: الصيغة، والأهل. أما المحل فلا يخفى.

الركن الأول: الصيغة

وهي أن يقول: إذا مت فأنت حر، أو دبرتك، أو أنت مُدبّر. وحكمه أنه يُعتق إن وفى الثلث به بعد قضاء الديون. وفيه مسائل:

الأولى: أن لفظ التدبير صريح، نص عليه؛ لأنه مشهور في اللغة لهذا المعنى وورد الشرع بتقريره. ولفظ الكتابة يقتصر إلى النية؛ لأن اللغة لا تجعلها صريحاً في حكمها الشرعى. وقيل: فيها قولان بالنقل والتخريج، وهو ضعيف.

الثانية: التدبير المقيّد كالمطلق، وهو أن يقول: إن مت من مرضى هذا، أو قتلت، فأنت حر. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت مدبر، لا يصير مدبراً ما لم يدخل الدار، وقد علق العتق بصفتين.

ولو قال: إن مت فأنت حر بعد موني بيوم: عتق بعد موته بيوم. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: صار وصية فتحتاج إلى الإنشاء بعد الموت.

فلو قال شريكاً: إذا متنا فأنت حر، فإذا مات أحدهما لم يعتق نصيبه؛ لأنه معلق بموتهما جميعاً، لكن صار نصيب الآخر مدبراً عند موت صاحبه. وقيل ذلك؛ لأن تدبير الثانى معلق بموت صاحبه، والآن لم يبق إلا موت المالك.

ولكن ليس للوارث التصرف في نصيب من مات أولاً؛ لأنه ينتظر العتق بموت الثانى، فهو كما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر، لم يجز للوارث بيعه بعد الموت كما لا يبيع مال الوصية قبل قبول الموصى له، وليس للوارث رفع تعليق الميت كما ليس له رفع عاريته التى أضافها إلى ما بعد الموت.

الثالثة: إذا قال: أنت مدبر إن شئت، فالمشهور أنه لا بد من مشيئته على الفور، وفيه وجه آخر أنه لا يجب على الفور لا هاهنا ولا فى تعليق الطلاق إلا أن يكون الطلاق على عوض.

أما إذا قال: أنت مدبر متى شئت، فلا يجب على الفور أصلاً، لكن يقتضى مشيئته فى حياة السيد. وكذلك لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، لم يعتق بالدخول بعد موت السيد، بل مطلق تعليقه ينزل على حياته إلا أن يُصرح ويقول: إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر، وكذلك لو قال: إن شئت بعد موتى فأنت حر، فشاء بعد موته عتق، ولم يجب الفور بعد الموت إلا أن يرتب بقاء التعقيب، فيقول: إن مت فشئت فأنت حر، ففي الفور وجهان مجريان فى كل تعليق بهذه الصيغة.

فرع: لو قال: إذا مت فأنت حر إن شئت، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه تكفى المشيئة فى الحياة. والثانى: أنه يُحمل على المشيئة بعد الموت. والثالث: أنه لا بد من مشيئته فى الحال، وأخرى بعد الموت، حتى يحصل اليقين، ولا يُعتق بأحدهما. ولو قال: إن رأيت العين فأنت حر، والعين اسم مشترك لأشياء، فالظاهر أنه إذا رأى واحداً يُسمى عيناً، عتق.

الركن الثانى: الأهل

ويصح التدبير من كل مكلف، مالك، غير محجور، فهذه ثلاثة قيود.

أما المكلف، فنعنى به أنه لا ينفذ من المحنون، والصبى الذى لا تميز له، وفى المميز قولان، وكذا فى وصيته؛ لأنه قرينة ولا ضرر عليه فيه.

وأما المالك، فيخرج عليه أنه لو دبر نصيب نفسه من عبد مشترك لا يسرى إلى الآخر. وذكر صاحب التفرير فى سرائره وجهين، وهو بعيد؛ لأنه تعليق أو وصية لا تليق به السراية، بل لو دبر نصف عبده لم يسر إلى الباقي، لا فى الحال ولا إذا عتق بعد الموت؛ لأنه بعد الموت مُعْبِر.

وأما المحجور، فيخرج عليه السّففيه، وفيه طريقتان: أحدهما: القطع بنفوذه منه. والثانى: أنه كالمميز.

وأما المرتد، فإن قلنا: لا يزول ملكه وقد حُجر عليه، فيُخَرَّج تدبيره على تدبير المفلس المحجور. وإن قلنا: يزول ملكه، لم ينفذ. وإن قلنا: إنه موقوف فهو موقوف.

ولو دبر ثم ارتد، فطريقتان: أحدهما: أنه يخرج بطلانه على أقوال الملك. والثانى: القطع بأنه لا يبطل؛ لأن حق العبد متعلق به، فلا يمكن إبطاله كما لا يبطل حق الغرماء ونفقة الأقارب عن ماله.

وإن قلنا: يبطل، فلو عاد إلى الإسلام، ففي عود التدبير طريقتان: أحدهما: أنه يعود،

كما لو استحال العصير الموهون حمراً، ثم صار خلاً. والثاني: أنه يخرج على قولى عود الحنث.

أما إذا مات مرتدًا، وقلنا: لا يبطل التدبير، فينفذ إن وفى به الثلث. وفيه وجه أنه لا ينفذ؛ لأن الوارث لا شيء له من ماله، وإنما تنفذ الوصية فى مال يورث، وماله فىء، وهذا ضعيف؛ لأن الفىء مصرفه بيت المال، فيعتبر الثلث لأجله.

أما الكافر الأصلى، فيصح تدبيره، فإن نقض العهد، مكن من استصحاب مدبره؛ لأنه قن، ولا يمكن من مكاتبه، ولو أسلم مدبره، فهل يباع عليه؟ فيه قولان: أحدهما: نعم كالقن. والثاني: لا؛ نظرًا للعبد، ولكن يُحال بينهما، ويستكسب له كالمستولدة. وفى المكاتب إذا أسلم طريقان: أحدهما: أنه كالمستولدة لا تباع عليه. والثاني: أنه كالمدبر، فيُخرج على القولين.

النظر الثانى: فى أحكامه

والنظر فى حكمين: ارتفاع التدبير، وسرايته إلى الولد. ويرفع التدبير بأمر خمسة: الأول: إزالة الملك ببيع وهبة جائز، ويرفع التدبير فى الحال، فإن عاد إلى الملك، وقلنا: إن التدبير وصية، لم يُعد. وإن قلنا: تعليق، فيخرج على قولى عود الحنث. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يجوز إزالة الملك عنه كالمكاتب.

الثانى: صريح الرجوع، وهو جائز إن قال: أعتقوه عنى بعد موتى؛ لأنه وصية. وإن قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر، لم يجز صريح الرجوع، لكن يجوز إزالة الملك؛ لأنه تعليق محض.

أما إذا قال: دبرتك، أو أنت حر بعد موتى، ففيه معنى التعليق والوصية، فإنه إثبات حق للعبد، فأيهما يُغلب؟ فيه قولان. واختار المزنى ترجيح معنى الوصية وتجويز الرجوع.

فإن قلنا: إنه وصية، حصل الرجوع عنه عما يحصل به الرجوع عن الوصية حتى العرض على البيع إلا الاستيلاد، فإنه يوافق موجب التدبير، فلا يرفعه، ويرفع الوصية. ولو قال بعد التدبير المطلق: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر، كان رجوعًا عن التدبير المطلق.

ولو قال: إن دخلت فأنت حر، فقد زاده سببًا آخر للحرية، فلا رجوع. فلو كاتبه أو رهنه، هل يكون رجوعًا فيه وجهان، ولو رجع عن التدبير فى نصفه، فالباقي مدبر،

ولو رجع عن تدبير الحمل لم يسر الرجوع إلى الأم ولا بالعكس، بل يقتصر.

الثالث: إنكار السيد التدبير. وقد قال الشافعي، رضى الله عنه: القول قول السيد، وهذا مشكل؛ لوجهين:

أحدهما: أن الإنكار رجوع، فأى معنى للتحليف؟ فمنهم من قال: فرع الشافعي على معنى الرجوع الصحيح. ومنهم من قال: الإنكار ليس برجوع، بل هو رفع الأصل، فعليه أن يخلف أو يرجع، فقد تحصلنا على وجهين فى الإنكار، هل يكون رجوعاً؟ ويجرى فى إنكار الوصية أيضاً.

وأما إنكار الموكل، فهو عزل قطعاً. ومنهم من طرد الوجهين. وإنكار البائع، بشرط الخيار، ليس فسخاً، وفيه احتمال. وإنكار الزوج الطلاق الرجعى لا يكون رجعة قطعاً؛ لأنه فى حكم عقد فيحتاج باللفظ.

الإشكال الثانى: أن الشافعي، رضى الله عنه، نص على أن الدعوى بالدين المؤجل لا تقبل، إذ لا لزوم فى الحال، فكيف تقبل دعوى العبد فى التدبير، واتفق الأصحاب على آخر الخلاف فى المسألتين بالنقل والتخريج. فإن قلنا: تقبل دعوى التدبير، فلا يكفى فيه شاهد وامرأتان؛ لأن مقصوده العتق.

الرابع: مجاوزة الثلث. فلو كان استوفى ثلثه بتبرع قبل التدبير، لم ينفذ تدبيره. ولو لم يف الثلث إلا ببعضه اقتصر على ذلك القدر. والتدبير، وإن كان فى الصحة، فيحسب من الثلث كالوصية؛ لأنه مضاف إلى الموت. أما إذا علق على صفة فى الصحة، فوجدت الصفة فى المرض، فهل ينحصر فى الثلث؟ فيه قولان.

فرع: لو لم يملك إلا عبداً فدبره، عتق ثلثه عند الموت، فلو كان له مال غائب، فهل ينجز العتق فى الثلث؟ فيه قولان: أحدهما: نعم؛ لأن الغائب لا يزيد على المعدوم، فقدر الثلث مستيقن بكل حال. والثانى: لا؛ لأن العبد لو تسلط على ثلث نفسه، للزم تسليط الورثة على ثلثه، فكيف يسقط، ويتوقع عتق الثلثين برجوع المال؟ وهذا هو المنصوص، والأول مخرج، والقولان جاريان فى الوصية بمال إذا كان له مال غائب، أن الموصى له، هل يسلم إليه الثلث الحاضر فى الحال؟ وكذلك لو كان له دين على أحد ابنيه، لا مال له غيره، فهل يبرأ عن نصيب نفسه قبل تسليم نصيب أخيه؟ فيه قولان.

الخامس: إذا جنى المدير بيع فيه، فإن فداه السيد، بقى التدبير، وإن باع بعضه، فالباقي مدبر، وإن مات قبل الفداء، والثلث واف بالأرش والعتق، وجب على الوارث

فدأؤه ليعتق. وفيه قول: أنه لا يجب، بناء على أن أرش الجناية يمنع نفوذ العتق، وفيه خلاف.

النظر الثالث: في الولد

وفيه مسائل: الأولى: ولد المدبرة، من زنا أو نكاح، هل يسرى إليه التدبير؟ فيه قولان: أحدهما: أنه يسرى، كالأستيلاد. والثاني: لا، كالوصية.

لو علق عتقها بالدخول، ففي سرية التعليق إلى ولدها قولان، نص عليهما في الكبير. فإن قلنا: يسرى، فمعناه أنه إن دخل أيضاً عتق، ولا يعتق بدخول الأم؛ لأن هذا سرية عتق لا سرية تعليق. ومنهم من قال: معناه أن يعتق بدخول الأم.

ثم إذا سرينا التدبير، كان كما لو دبرهما معاً، حتى لا يكون الرجوع عن أحدهما رجوعاً عن الآخر، ولو لم يف الثلث بهما أقرع بينهما. وفيه وجه أنه يقسم العتق عليهما، إذ يبعد أن تخرج القرعة على الولد، فيعتق دون الأصل، وهذا ضعيف، فإنه صار مستقلاً بعد السرية، وكذلك لو ماتت الأم بقى مدبراً، أما ولد المدبر، فلا يتبعه، بل يتبع الأم الرقيقة أو الحرة.

الثانية: إذا مات السيد، وهى حامل، عتق معها الجنين بالسرية، ولو كانت حاملاً حال التدبير، فهل يسرى التدبير المضاف إلى الأم إلى الجنين؟ فيه وجهان، فعلى هذا لو تبرع الوارث بالفداء وعتق، فالولاء للميت، إن قلنا: إن إجازة الورثة ليس بابتداء عطية.

فروع: المدبر المشترك، إذا أعتق أحدهما نصيبه، هل يسرى إلى الآخر؟ فيه قولان: أقيسهما: أنه يسرى. والثاني: لا؛ لأن الثاني استحق العتاقة من نفسه.

وهذا يضاهى قولنا: إذا أصدقها عبداً فدبرته، لم ينشطر بالطلاق؛ كيلا يبطل غرضها من التدبير.

فإن قلنا: لا يسرى، فرجع عن التدبير، فهل يسرى الآن؟ وجهان، وجه قولنا: لا يسرى، أنه لم يسر في الحال، فلا يسرى بعده، كما لو ظن اليسار، فإن قلنا: يسرى، فيسرى في الوقت؟ أو تبيين السرية من الأصل؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، كما يسرى إليه البيع. والثاني: لا؛ لأنه أدرج في البيع؛ لأن استثناءه يُبطل البيع.

فروع: لو دبر الحمل دون الأم صح، واقتصر عليه، فلو باع الأم ونوى الرجوع، صح البيع ودخل فيه الجنين، وإن لم ينو الرجوع، فكأنه استثنى الحمل.

كتاب الكتابة

اعلم أن الكتابة عبارة عن الجمع، ولذلك سُمي اجتماع الحروف كتابة، واجتماع العسكر كتبية، واجتماع النجوم في هذا العقد كتابة، وهذا عقد مندوب إليه، وهو مشتمل على أمور غريبة كمقابلة الملك بالملك، أعنى الكسب والرقبة، وكلاهما ملك للسيد، وإثبات الملك للملوك؛ لأن المكاتب عبد وملكك، فكأنه إثبات رتبة بين الرق والحرية، إذ المكاتب يستقل من وجه دون وجه، لكن المصلحة تدعو إليه، إذ السيد قد لا يسمح بالعتق مجاناً، والعبد يتشمر للكسب إذا علق به عتقه، فاحتمل لتحصيل مقصوده ما يليق به عتقه وإن خالف قياس سائر العقود، كما احتملت الجهالة في عمل الجعالة وريح القراض وغيره.

وإنما يُستحب إذا جمع العبد القوة والأمانة، فإن لم يكن أميناً، فمعاملته لا تفضى إلى العتق غالباً، فلا يستحب تنجيز الخيلولة لأجله، لا كالعتق، فإنه يستحب بكل حال؛ لأنه تنجيز خلاص. وإن كان أميناً غير كسوب، ففي الاستحباب وجهان، وظاهر الكتاب لم يشترط إلا الأمانة، إذ قال تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

وحكى صاحب التقریب قولاً بعيداً أن الكتابة واجبة، ولا وجه له، وإن ذهب إليه داود؛ لأنه إبطال سلطة الملك، فحمل الأمر على الاستحباب أولى. ثم النظر يتعلق بأركان الكتابة، وأحكامها، أما الأركان، فهي أربعة: الصيغة، والعوض والعاقدان.

الركن الأول: الصيغة

وهو أن يقول مثلاً: كاتبك على ألف تؤديه في نجمين، فإذا أديته فأنت حر، فيقول العبد: قبلت، فإن لم يصرح بتعليق الحرية، ولكن نواه بلفظ الكتابة، كفى، وفيه قول مخرج أن لفظ الكتابة صريح كالنذير، وهو ضعيف، بل الصحيح الفرق.

ثم وإن صرح بالتعليق، فالعتق يحصل بالإبراء والاعتياض تغلياً لحكم المعاوضة، لكن في صحيح الكتابة. أما في فاسدها، فيغلب حكم التعليق، ولو اقتصر على قوله: أنت حر على ألف، فقيل، عتق في الحال، وكان الألف في ذمته، وهو نظير الخلع، وقد ذكرنا أحكامه.

ولو باع العبد من نفسه صح، والولاء للسيد، وكأنه إعتاق على مال ليس فيه حقيقة البيع، وخرج الربيع قولاً: أنه لا يصح، إذ هو تمليك، وكيف يملك العبد نفسه؟ وفيه وجه: أنه لا يصح، ولا ولاء للسيد، بل عتق على نفسه كما لو اشترى قريبه.

أما إذا قال: إن أعطيتني ألفاً، فأنت حر، فلا يمكنه أن يعطيه من ملكه، إذ لا ملك له، فيكون كما لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأنت بألف مغصوبة، ففي وقوع الطلاق خلاف، وكذلك في العتق.

الركن الثاني: العوض

وشروطه أن يكون ديناً، مؤجلاً، منجماً معلوم القدر والأجل والنجم، فهذه أربعة شروط:

الأول: كونه ديناً: إذ لو كان عيناً، لكان ملك الغير، فيفسد العتق، ثم لا يخفى أن الدين ينبغي أن يكون معلوماً كما في السلم والإجارة.

الثاني: الأجل: فلا تصح الكتابة الحالة عندنا خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله، لعنتين: إحداهما: اتباع السلف.

والأخرى: أن العبد عقيب العقد عاجز، فكيف يجوز له لزوم ما لا يقدر عليه، إذ لو كان على ملاحه، كاتبه على ملح، فلا بد من لحظة لأخذ الملح حتى يملك، ولا بد من لحظة لقبول الهبة إن قدر ذلك، نعم يرد عليه أربع مسائل، لا تخلو واحدة عن خلاف: إحداها: من نصفه حر، ونصفه عبد، قد يملك مالاً، ففي الكتابة الحالة منه فيه وجهان؛ لتعارض معنى الاتباع والعجز. الثانية: إذا كاتبه على مال عظيم ونجمه بلحظتين، فيه أيضاً وجهان.

الثالثة: البيع من المفلس صحيح؛ لأنه يقدر بالبيع، وإن زاد الثمن على قيمة المبيع، فلا يبعد وجود زبون يشتري المبيع منه، ومع ذلك فقد ذكر وجه أنه لا يصح العقد.

الرابعة: إذا أسلم إلى مكاتب عقيب العقد، فيه وجهان، وجه التجويز أنه يملك رأس المال.

الشرط الثالث: التنجيم بنجمين فصاعداً: إذ سبب اشتراطه الاتباع المحض، فما كاتب أحد من السلف على نجم واحد. ثم نص الشافعي، رضي الله عنه، على أنه لو كاتبه على خدمة شهر ودينار بعده، جاز؛ إذ حصل التنجيم، لكن النجم الأول حال، إذ يتنجز استحقاق المنافع عقيب العقد، وإنما التأخير للتوفية، ولذلك قال الأصحاب: ليس

يُشترط أن يكون الدينار بعده، بل لو كان بعد العقد بيوم جاز.

وقال أبو إسحاق المروزي، رحمه الله: لا يجوز، كأنه تخيل الخدمة مؤجلاً. ولا شك أنه لو لم يؤجل الدينار لم يجوز، إذ يكون جميع العوض حالاً.

ولو كاتب على خدمة شهرين وجعل كل نجم شهراً، لم يجوز؛ لأن الكل يتنجز استحقاقه بالعقد، فإن صرح بإضافة الاستحقاق إلى الشهر القابل خُرح على مثل هذه الإجارة في الشهر القابل، وفيه وجهان.

أما إذا اعتق عبده على أن يخدمه شهراً، عتق في الحال، ويجب الوفاء، فإن تعذر، فيرجع السيد إلى قيمة الأجرة أو قيمة الرقبة؟ قولان كما في بدل الصداق والخلع.

الشرط الرابع: الإعلام: وذلك قد ذكرناه في البيع، ومعنى إعلام النجم أن يميز المحل لكل نجم ومقداره، فلو كاتب على مائة يؤديه في عشر سنين، لم يجوز حتى يبين قدر كل نجم ومحلّه، ولا يشترط تساوى النجوم، ولا تساوى المدة، وقد تنشأ الجهالة من تفريق الصفقة، فلنذكر مسائلتين:

إحدهما: لو كاتبه بشرط أن يبيعه شيئاً، فهو فاسد؛ لأنه شرط عقداً في عقد، أما إذا باعه شيئاً وكاتبه على عوض واحد منحهم، فسَدَ البيع؛ لأن إيجابه يسبق على قبول الكتابة، وهو ليس أهلاً للشراء قبله، إذ صيغته أن يقول: بعثك هذا الثوب، وكاتبتهك بألف إلى نجمين، فيتقدم الإيجاب على القبول، وفيه قول مخرج: أنه يصح، أخذاً من نص الشافعي، رضى الله عنه، على أنه لو قال: اشتريت عبدك بألف ورهنت بالألف داراً، فأجاب إليهما، صح الرهن مع تقدم إيجابه على لزوم الدين، إلا أن الرهن من مصالح البيع، فلا يبعد مزجه به، وكذلك في الكتابة يبعد.

فإن أفسدنا البيع، ففي صحة الكتابة ثولا تفريق الصفقة، وإن صححنا البيع، فيخرج على قولنا الجمع بين صفتين مختلفتين، ولا يجري ذلك في الرهن والبيع؛ لأن الرهن تابع للبيع ومؤكد له.

الثانية: لو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة، ولم يميز نجوم كل واحد، فالنص صحة الكتابة، والنص في شراء ثلاثة أعبد من ثلاثة ملاك بعوض واحد: الفساد، والنص في خلع نسوة، أو نكاحهن بعوض واحد: أنه على قولين، فمن الأصحاب من طرد القولين في الكل، وهو الأصح؛ لأن العوض معلوم الجملة، لكن مجهول التفصيل. ومنهم من قال: العبيد في الكتابة يجمعهم مالك واحد، والعوض فيه غير مقصود،

فكأنه كعقد واحد، وغرض الشراء مقصود فيخالفه، والخلع والنكاح على رتبة بين الرتبتين، ففيه قولان، وهذا ضعيف، ولأن جملة هذه الأعواض تفسد بالجهالة وإن كانت العقود لا تبطل.

ثم إن صححنا، فالقول الصحيح أنه يوزع الألف على قدر قيم العبيد لا على عدد الرؤوس، وفيه قول: أنه يوزع على عدد الرؤوس، ثم إن اعتقدنا التوزيع على العدد، فتنفى الجهالة، فيصح لا محالة.

ثم كيف كان، فإذا أدى كل عبد نصيبه، عتق ولم يقف على أداء رفيقه، ولا ينظر إلى التعليق على أداء الجميع. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: لا يعتق واحد ما لم يؤد الجميع؛ نظرًا إلى التعليق.

الركن الثالث: السبب المكاتب

وشروطه أن يكون مالكا، مكلفا، أهلا للتبرع، غير دافع بالكتابة حقًا لازما. أما شرط الملك والتكليف، فلا يخفى، فلا يصح كتابة الصبي، والمجنون، وغير المالك.

أما أهلية التبرع، فيخرج عليه منع ولي الطفل من كتابة عبده، ولو بأضعاف ثمنه، فإنه ممنوع؛ لأن ما يكسبه يكون ملكا للطفل، وكذا المريض تحسب كتابته من الثلث.

ولو كاتب في الصحة، ووضع النجوم عنه في المرض، أو اعتقه، اعتبرنا خروج الأقل من الثلث، فإن كانت الرقبة أقل، اعتبرنا خروجها؛ لأنه لو عجز، لم يكن للورثة إلا الرقبة، وإن كان النجوم أقل فكذا، وكذا لو أوصى بإعتاقه أو بوضع النجوم عنه.

ولو كاتب في الصحة وأقر في المرض بأنه كان قبض النجوم، صح إقراره؛ لأنه حجة.

وأما قولنا: لا يرفع بها حقًا لازما، فيخرج عليه كتابة المرهون، فإنه لا يصح، وكتابة الكافر لعبده المسلم بعد أن توجه عليه الأمر بالبيع، في صحته وجهان: أحدهما: المنع، إذ البيع لازم عليه. والثاني: الجواز؛ نظرًا إلى العبد، فذلك أصلح له، ثم إن عجز بعناه.

ولو كاتب ثم أسلم، وقلنا: لا يصح استيرائه، ففى دوامه وجهان؛ لقوة الدوام، ولو دبر ثم أسلم، فبيع عليه؟ أم تضرب الحيلولة؟ فيه خلاف أيضاً.

أما المرتد، فكتابته بعد الحجر وقبله تخرج على أقوال الملك في تصرف المحجور.

وأما الحربى، فنصح كتابته للعبد الكافر، لكن لا يظهر أثره، فإنه لو قهره بعد أداء النجوم ملكه، فكيف قبله؟ لكن لو أدى النجوم، ثم أسلم قبل القهر، فلا رق عليه، وإن

كان بعض النجوم حمراً، وقد بقي منه شيء، وقبض الباقي بعد الإسلام عتق، لكن يرجع السيد على العبد بقيمته كلها، ولا توزع على ما بقي وعلى ما قبض، وقد ذكرنا نظير ذلك في الخلع، فلا نعيده.

الركن الرابع: العبد القابل

وله شرطان: الأول: كونه مكلفاً، فلا يصح كتابة الصغير المميز، نعم إن علق صريحاً على الأداء عتق، لكن لا يرجع السيد بقيمته، بخلاف الكتابة الفاسدة؛ لأن هذه الكتابة باطلة.

الشرط الثاني: أن يورد الكتابة على كله؛ ليستفيد عقيها استقلالاً، فلو كاتب نصف عبده، فالذهب أن الكتابة فاسدة، ولو كاتب النصف الرقيق بمن نصفه حر، صحت؛ للحصول الاستقلال، ولو كاتب أحد الشريكين دون إذن صاحبه، فالذهب أنها فاسدة، وإن كان ياذنه ففيه قولان، والأظهر فساد؛ لأنه لا يستفيد الاستقلال بالمسافرة، وأخذ الزكاة والصدقة لا تصرف إلى من نصفه رقيق ونصفه حر، فأى فائدة للإذن؟ ومن أصحابنا من قال: فيه قولان.

أما المسافرة، فقد نقول: لا يستقل بها المكاتب كله. وأما الصدقة، فيجوز صرفها إليه على رأى، فمن هاهنا خرجوا طرد القولين فيما لو كاتب بغير إذنه أيضاً، وخرجوا قولاً فيما لو كاتب نصف عبد نفسه.

ولا خلاف أنهما لو كتبا على مال واحد صح، وانقسمت النجوم على قدر الحصتين، فلو شرطاً تفاوتاً على قدر الحصص، فقد انفرد كل عقد عن صاحبه، فيخرج على القولين في كتابة أحدهما بإذن شريكه.

فرع: لو كاتباه ثم عجزه أحدهما، وأراد الثاني إنظاره وإبقاء الكتابة في نصفه، ففيه ثلاثة طرق:

أحدها: القطع بالمنع، إذ يريد إبقاء الكتابة بغير رضا صاحبه. والثاني: تخريجه على قولين، إذ الشريك لما وافق في ابتداء العقد، فقد رضى بلوازم وتوابع وهذا منها. والثالث: القطع بالجواز؛ لأن الدوام يحتمل ما لا يحتمله الابتداء.

ولو كاتب واحد عبداً، ثم مات وخلف ابنين، وعجزه أحدهما ففي إنظار الآخر هذه الطرق، وأولى بامتناع التبعض؛ لأن العقد ابتداء وجد من واحد. هذا ما يصح من الكتابة، ثم ما لا يصح ينقسم إلى: باطل، وفاسد.

والباطل لا حكم له إلا موجب التعليق إن كان قد صرح به، والفاسد له حكم، ومهما تطرق الخلل إلى أصل الأركان الأربعة فباطل، كما لو كان السيد صغيراً، أو مجنوناً، أو مكرهاً، والقابل كذلك، أو صدر من ولي الطفل، ومن ليس بمالك، أو عدم أصل العوض، أو شرط شيئاً لا تقصد ماله كالحشرات، أو اختلت الصيغ بأن لم تنتظم، أو فقد الإيجاب أو القبول، أو صدر من غير أهله. نعم اختلفوا في مسألتين:

أحدهما: أن العبد لو كان مجنوناً، نقل الربيع أنه عتق بالأداء، ورجع السيد بالقيمة، والرجوع من حكم الفاسد، فكأنه جعل قبول المجنون فاسداً.

وقد نقل المزنى، رحمه الله، ضده، وهو الصحيح، فإن قبول المجنون والصبي كلاً قبول، فهو كالمعدوم.

الثانية: لو ترك لفظ الكتابة واقتصر على قوله: إن أعطيتني ألفاً، فأنت حر، فقد ذكرنا خلافاً في أنه لو أعطى، هل يعتق؛ لأن ما يعطيه في حكم المغصوب؟ فإن قلنا: يعتق، فهل يرجع السيد عليه بقيمة الرقبة؟ فيه وجهان، والظاهر أنه لا يرجع.

فإن قلنا: يرجع، فهل يستتبع الكسب والولد؟ فيه خلاف، والظاهر أنه لا يستتبع، ومن رأى الرجوع والاستتباع، فقد ألحقه بالفاسد، فقد حصل من هذا أن الفاسد ما امتنع صحته بشرط فاسد، أو لفوات شرط في العوض، كالإعلام، أو في العبد، ككتابة نصفه أو كترك الأجل والنجوم.

فإن قيل: فما حكم الفاسد؟ قلنا: الفاسد يساوى الصحيح في ثلاثة أحكام، ويفارقه في حكمين، يُساويه في العتق عند أداء ما علق عليه، وذلك بحكم التعليق حتى لا يحصل بالإبراء والاعتياض، فيغلب التعليق على الفاسد، ويُساويه في استتباع الكسب والولد، أعني ولده من جاريته؛ لأنه في حكم كسبه.

أما ولد المكاتب، ففي سرية الكتابة الفاسدة إليه قولان كالقولين في سرية التدبير وتعليق العتق، ومنهم من قطع بأنه يتبعه ويسرى إليه.

وُساويه أيضاً في استقلال العبد عقيقه بالاكتمال، وينبنى عليه سقوط نفقته عن مولاه، وجواز معاملته إياه.

واختلفوا فيما يتعلق باستقلاله في شيئين: أحدهما: في مسافرته، وفيه وجهان إن رأينا أن المكاتب، كتابته صحيحة، يسافر. وكذلك في صرف الزكاة إليه وجهان، وجه المنع أن الكتابة غير لازمة من جهة السيد، فلا يؤثّق بانصرافه إلى العتق.

أما ما يفترق فيه فأمران:

أحدهما: أن ما يقبضه ويحصل العتق به، يجب رده، والرجوع إلى قيمة الرقبة كما في الخلع الفاسد.

والثاني: أنها لا تلزم من جهة السيد، بل له أن يفسخ، ومهما فسخ، أو قضى القاضى بردها، انفسخ حتى لا يعتق بأداء النجوم، ويرتفع التعليق أيضاً؛ لأن معنى قوله: إن أدبت إلى فى ضمن معاوضة فأنت حر، والفسخ يرفع المعاوضة.

ثم يبنى على هذا، أعنى على عدم لزومه، لو مات السيد، فأدى إلى الوارث، لم يعتق؛ لأنه ليس هو القاتل: إنه أدبت إلى فأنت حر، والتعليق غالب على الفاسد، ويتفرع منه أنه لو اعتقه عن كفارته صح، ويكون كأنه فسخ الكتابة، ولا يستتبع الكسب والولد، بخلاف ما لو اعتق المكاتب كتابة صحيحة، فإنه يقع عن الكتابة ولا يبرأ عن الكفارة، ويتبعه الكسب والولد.

ولم تخالف الكتابة الفاسدة قياس الشافعى، رضى الله عنه، إلا فى شيء واحد، وهو إثبات الاستقلال فى الاكتساب وحصول العتق بالأداء تشوفاً إليه، فوجب السعى فى تحصيل العتق، فلا يمكن إلا بإثبات الاستقلال بالكسب، فأصل الكسب يُسلم له مهما استقل، وينبنى عليه سقوط نفقته وصحة معاملته.

أما إلزامه من جهة السيد، وتصحيح المسمى، حتى لا يرجع إلى القيمة، فلا ضرورة فيه، فأجرى على القياس.

النظر الثانى: فى أحكام الكتابة

وحكمها العتق عند براءة الذمة بأداء، أو إبراء، أو اعتياض، واستقلال العبد بالاكتساب عقيب العقد، ويتفرع عنه تبعية الكسب والولد، ووجوب الأرض والمهر على السيد عند الوطء والجنابة، والكتابة تقتضى نفوذ تصرفات المكاتب بما لا ينزع فيه، وامتناع تصرف السيد فى رقبته، ومجموع هذه التفاصيل ترجع إلى خمسة أحكام:

الحكم الأول: فيما لا يحصل به العتق: وفيه مسائل:

الأولى: إذا أبرأ عن بعض النجوم، أو قبض بعضه، لم يعتق منه شيء، بل هو عبد ما بقى عليه درهم. وقال على، رضى الله عنه: يعتق بكل جزء من النجوم، جزء من رقبته. وأما الإبراء فى الكتابة الفاسدة، فلا توجب العتق.

الثانية: إذا جُنَّ السيد، فقبض النجوم، لم يعتق؛ لأن قبضه فاسد حتى يقبض وليه.

وللمكاتب استرداده، وإن تلف فلا ضمان؛ لأنه المضيع بتسليمه إليه، ولو جُنَّ المكاتب فقبض السيد منه عتق؛ لأن فعل العبد ليس بشرط، بل إذا تعذر فعله، فللسيد أخذه، هكذا أطلقه الأصحاب، وفيه نظر، إذ لا يبعد لزوم رفعه إلى القاضى حتى يوفى النجوم إن رأى المصلحة. أما استقلال السيد، فمشكل عند إمكان مراجعة القاضى.

أما الكتابة الفاسدة، فظاهر النص أنها تنفسخ بجنون السيد، كما تنفسخ بموته، ولا تنفسخ بجنون العبد، فاختلفوا فى النصين، وحاصل ما ذكر، نقلاً وتخريجاً، ثلاثة أوجه: أحدها، وهو الأقيس: أنه لا تنفسخ؛ لأنه وإن كان جائزاً، فمصييره إلى اللزوم، كالبيع فى زمان الخيار. والثانى: أنه ينفسخ لضعف الفساد. الثالث: أنه ينفسخ بجنون المولى دون العبد، فإن الكتابة أبداً جائزة من جانب العبد، فلم يؤثر الفساد فى جانبها. ولا خلاف أن موت العبد يوجب فسخ الكتابة الصحيحة أيضاً. وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إن خلف وفاءً، فللوارث أداء نجومه وأخذ الفاضل بالوراثة.

فإن قلنا: لا تنفسخ بجنون العبد، فأفاق وأدى عتق. وإن قلنا: تنفسخ بجنون العبد، فأفاق وأدى، فهل يحصل العتق بمجرد التعليق؟ فيه وجهان، والأظهر أنه لا يحصل كما لو فسخ السيد؛ لأن هذا تعليق فى ضمن معاوضة.

والثالثة: إذا كاتب عبداً، ثم أعتق أحدهما نصيبه، نفذ، وسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسراً، لكن يسرى فى الحال؟ أو يتأخر إلى أن يعجز المكاتب؟ فيه قولان: أحدهما: التأخير إلى أن يعجز، إذ السيد قد نصب سبب العتق لنفسه بالكتابة، فكيف يجوز إبطاله؟.

والثانى: أنه يسرى فى الحال، ويقدر انتقاله إلى المعتق من غير انفساخ فى الكتابة، بل يعتق عن جهة الكتابة عن المعتق حتى يكون الولاء للشريك، ولا يودى إلى بطلان الكتابة، ومنهم من قال: يتقل وتنفسخ الكتابة، إذ العتق أقوى من الكتابة، فيعتق كله على الشريك المعتق، ومن هذا الإشكال حكى صاحب التقريب وجهاً أن الكتابة تمنع سراية العتق أصلاً، فلا يسرى.

فإن فرعنا على الصحيح، وهو أن يسرى، فأبرأؤه عن نصيبه، وقبض نصيبه حيث يجوز القبض على ما سيأتى، كإعتاقه فى اقتضاء السراية، ولا نقول: إنه مجبر على القبض، فلا يسرى؛ لأنه مختار فى إنشاء الكتابة التى اقتضت إجباره على القبض. نعم إذا مات وخلف مكاتباً فقبض أحد الابنين نصيبه، عتق نصيبه ولم يسر؛ لأنه مجبر على القبول ولم يصدر العقد منه.

أما إذا ادعى العبد على الشريكين أنه وفّى نجومهما، فصدق أحدهما، وكذبه الآخر، عتق نصيب المصدق، وهل يسرى إلى الباقي؟ فيه قولان. وجه قولنا: إنه لا يسرى، مع أنه مختار في التصديق، أن مقتضى إقراره عتق الكل، فكيف يعمل بخلاف موجهه ويقدر عتق البعض حتى يسرى.

الرابعة: أحد الابنين الوارثين إذا أعتق نصيبه من المكاتب نفذ، وهل يقوم عليه الباقي إن قومنا على أحد الشريكين؟ فيه قولان.

وجه الفرق أن عتقه يقع عن الميت، ولذلك يكون الولاء للميت، ويمكن بناء القولين على أن الوارث هل يملك المكاتب؟ ويحتمل أن لا يملك؛ بناءً على أن الدين المستغرق يمنع الملك، وكذا الخلاف في السراية عند إبرائه، أما عند قبضه نصيبه، فلا سراية؛ لأنه مجبر.

التفريع: إن قلنا: إنه لا يسرى ورق النصيب الآخر بالعجز، ففي ولاء النصف الأول وجهان:

أحدهما: أنه بين الاثنين؛ لأن العتق وقع عن الميت، فله الولاء ولهما عصوبته.

والثاني: أنه للمعتق، وكأنا بالآخرة تبين أن العتق وقع عن المعتق وتضمن انفساخ الكتابة؛ لأن الكتابة لا تقبل التبعض، وقد انفسخ في الباقي، وهكذا الخلاف إن فرعنا على أن العتق يسرى، ولكن يتضمن انفساخ الكتابة في محل السراية؛ لأنه قد انفسخ في البعض.

أما الولاء في محل السراية، فينبني على انفساخ الكتابة، فإن رأينا أنها تنفسخ بالسراية، فالولاء فيه لمن سرى عليه. وإن قلنا: لا تنفسخ، فقد عتق العبد كله عن جهة كتابة الميت، فالولاء لهما بعصوبته.

فرع: إذا خلف ابنين وعبدًا، فادعى العبد أن المورث كاتبه، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر وحلف، صار نصيب المصدق مكاتبًا، فيستقل العبد بنصف كسبه؛ ليصرفه إلى النجوم، ثم إن عتق نصيب المصدق بقبضه النجوم، لم يسر؛ لأنه مجبر عليه، وإن عتق بإعتاق سرى، ولم يمكن تخريجه على الخلاف في السراية إلى المكاتب؛ لأن الشريك يزعم أن نصيبه رقيق، فلا بد وأن يسرى إليه، وإن عتق بالإبراء، لم يسر، فإن الشريك المكذب يقول: الإبراء لاغ، إذ لا كتابة، فلا يسرى حتى يصرح المصدق بلفظ يوجب الإعتاق.

ثم الصحيح أن المصدق يشهد مع غيره على المكذب فيحوز؛ لأن نصيبه من النجوم قد سلم بإقرار العبد، فلا تهمة فيه.

الخامسة: إذا قبض النجوم، ثم وجدها ناقصة في الوصف، فإن رضى استمر العتق ويكون حصول العتق عند القبض، أو عند الرضا؟ فيه خلاف ينبنى على أن الدين الناقص، يملك عند القبض أو عند الرضا؟ وإن أراد الردّ فله ذلك، ويرتد العتق، على معنى أنه يتبين أنه لم يحصل لعدم القبض في المستحق وهو ظاهر إذا قلنا: لا يحصل الملك بالقبض. وإن قلنا: يحصل، فيحصل العتق أيضاً بحسبه حصولاً غير مستقر، بل يندفع عند الرد.

فلو اطلع على النقصان بعد تلف النجوم، فله طلب الأرض، ويتبين أن لا عتق حتى يؤدي الأرض. فإن عجزه السيد وأرقه جاز، كما في نفس النجوم. ثم الأرض قدر قيمة نقصان النجوم أو ما يقابله من الرقبة؟ فيه خلاف يجري مثله في المعاوضات المتعلقة بالديون.

السادسة: إذا خرج النجم مستحقاً، تبين أن لا عتق، وليس هو كما لو قال: إن أعطيني ألفاً، فأنت حر، فجاء بمغصوب، فيحصل العتق أو الطلاق في مثله على وجه؛ لتجرد حكم التعليق، ووجوب صورة الإعطاء، أما هاهنا إذا صحت المعاملة، فلا يعتق إلا ببراءة الذمة، نعم، يجري الخلاف في الكتابة الفاسدة، إذا صرح بالتعليق على أداء الألف.

فرع: لو قال له عند أداء النجوم: اذهب فإنك حر، أو عتقت، فله رد العتق، ولا يواخذ به، فإنه قال بناء على ظاهر الحال كالمشتري، فإنه يرجع بالثمن إذا خرج المبيع مستحقاً، وإن كان قد قال: هو ملكي وملك بائعي، وقد ذكرنا فيه وجهاً أنه لا يرجع، ويجري هاهنا أيضاً، إذ لا فرق.

أما إذا أقر بعتق أو طلاق، ثم قال: كنت أطلقت لفظة ظننتها نافذة، فراجعت المفتي، فأفتى بأنه لا ينفذ. قال الصيدلاني: يقبل قياساً على هذه المسألة. وهذا بعيد؛ لأن الإقرار حجة صريحة، وفتح هذا الباب يمنع الأقاير، إلا أن قوله بعد قبض النجوم: أنت حر، أو عتقت، هو إقرار. ولا فرق بين أن يقوله جواباً إذا سُئل عن حريته أو ابتداءً، وبين أن يقوله متصلاً بقبض النجوم أو بعده، فإنه معذور في الأحوال كلها؛ لظنه، فإذا عذر هاهنا، فلا يبعد أن يفتح هذا الباب في كلام يجري مجراه.

الحكم الثاني: ما يتعلق بأداء النجوم: وفيه سبع مسائل:

الأولى: أنه يجب الإيتاء؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ﴾ [النور: ٣٣]، ولأنه ما كاتب أحد من السلف إلا وضع شيئاً، ولأن المطلقة تنتظر مهرًا، فإذا لم تسلم تأذت، فوجبت المتعة؛ دفعًا للأذى، فكذا العبد ينتظر العتق بجانًا، فإذا كان يعوض فيتأذى، فلا بد من إمتاعه.

ثم النظر في عمله، ووقته، وجنسه، وقدره:

أما المحل: فهو الكتابة الصحيحة، وفي الفاسدة وجهان، بناءً على أن الأصل في الإيتاء، حط شيء من واجب النجوم، أو بذل شيء؟ مع أنه لا خلاف أن الوجوب يتأدى بكل واحد منهما، فإذا قلنا: الأصل هو حط الواجب، فلا يجب في الفاسد النجوم، بل يجب قيمة الرقبة بعد العتق. أما لو باع العبد من نفسه، أو أعتقه على مال، فالمشهور أنه لا يجب الإيتاء، وفيه وجه أنه يجب؛ لأجل العوض. ولا خلاف أن العتق بجانًا لا يوجب شيئاً، فإنه عين الإيتاء والإمتاع.

أما الوقت: فلا يجب البدار عقيب العقد. وهل يجوز التأخير عن العتق؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن مقصوده أن يكون بُلغةً بعد العتق. والثاني: لا؛ لأن مقصوده أن يكون معونة على العتق.

وأما مقداره، فوجهان: أحدهما: أنه أقل ما يتموّل، إذ ينطلق عليه اسم الإيتاء بخلاف المتعة، فإنه قُدْرٌ بالمعروف. والثاني: أنه لا يكفي ذلك، إذ الحبة لا يحصل بها، لا بُلغةً ولا معونة، بل لابد من قُدْرٍ يليق بحال السيد والعبد وقدر النجوم.

ويظهر له أثر في التيسير والتخفيف. وقد كاتب ابن عمر، رضى الله عنه، عبدًا له بخمسة وثلاثين ألف درهم، ثم حط عنه خمسة آلاف، وهو تُسْعُ المال، وإن كان السبعُ إلى العشر لائقًا، ولكن لا يتقدر به، بل يجتهد القاضى عند النزاع، فإن شك في مقداره، فيتقابل فيه أصلاً: براءة ذمة السيد، وبقاء الأمر بالإيتاء، فليرجح.

فرع: لو بقى من النجوم قُدْرٌ لا يُقبل في الإيتاء أقل منه، فليس للسيد تعجيزه أصلاً، بل يرفعه إلى القاضى ليرى فيه رأيه.

أما الجنس، فليبرئ من بعض النجوم، أو ليرد عليه مما أخذ منه أو من جنسه، فإن عدل إلى غير جنسه فوجهان، وجه المتع أنه تعبد فهم من قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وعنى به النجوم، فضاهاى قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمَا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١]، والأصح أن هذه معاملة، فيتطرق العوض إليها.

فرع: لو مات السيد قبل الإيتاء فهو في تركته، لكن النص أنه يضارب به الوصايا، وهو مشكل؛ لأن حق الدين أن يقدم، فلعله أراد به ما إذا قدر زيادة على الواجب فمات. ومنهم من قال: وجوب الإيتاء ضعيف، فينقلب استحباباً بالموت. ومنهم من قال: أقل ما يتمول دين والزيادة، إذا أوجبتها، إنما أوجينا؛ لأنها لا تئة بالحال، ولا تليق بما بعد الموت، فهو الذى أراد به الشافعى، رضى الله تعالى عنه وأرضاه.

المسألة الثانية: إذا عجل النجوم قبل المحل، أجبر السيد على القبول؛ لأجل مك الرقة، كما يجبر فى الدين الذى به رهن. أما فى سائر الديون الموجلة، فوجهان.

ثم إنما يجبر على قبول النجم إذا لم يكن على السيد ضرر ومونة، ولم يكن وقت نهب وغارة، فإذا كان عليه ضرر لم يلزمه، فإن كان النهب مقرراً بوقت العقد، ففى الإيجاب وجهان.

وحيث يجبر، فلو كان غائباً أو امتنع، قبض القاضى عنه وعتق. ويقبض النجم الأول وإن لم يكن فيه عتق أيضاً؛ لأنه تمهيد سبب للعتق.

ولو قال: لا أخذه، فإنه حرام، فالقول قول المكاتب، ويجب أخذه ويعتق به.

ثم يجب عليه رده إلى مالكه إن أضافه إلى مالك. فإن لم يضاف، فهل ينتزع من يده؟ فيه وجهان. فإن قلنا: لا ينتزع، فلو كذب نفسه، فالظاهر قبوله ويعود تصرفه فيه.

فرع: إذا قال السيد: عجل لى بعض النجوم؛ لأبرئك عن البعض. فقد نقل المزننى، رحمه الله، فى ذلك تردداً، وجعل المسألة على قولين، ومحل القولين مشكل؛ لأن السيد إن قال: إذا عجلت فقد أبرأتك، فهو تعليق لإبراء فاسد، وإن قال العبد: خذ هذا بشرط أن تبرئنى، فأداؤه بالشرط فاسد، فلعل محل التردد أن يتدىء العبد الأداء بالشرط، فأداؤه فاسد، لكن لو أبرأ السيد واستأنف العبد رضا فى دوام القبض صار القبض صحيحاً، فلو لم يستأنف، فهل نقول: رضاه الأول كان رضاءً بالإضافة إلى حالة الإبراء وقد تحقق، فهل يكفى به؟ يحتمل فيه تردد.

المسألة الثالثة: فى تعلم النجوم: وله خمسة أسباب:

الأول: الإفلاس عند المحل. وللسيد مبادرة الفسخ، فإن لم يسادر، فله الفسخ متى شاء، وليس هذا على الفور، ولو استمهل المكاتب، لم يلزمه إلا بقدر ما يخرج المال من المخزن. فإن كان ماله غائباً، فله الفسخ. ولو كان له عروض لا تشتري إلا بعد زمان، فله الفسخ. وقال الصيدلانى: لا يفسخ، وهو بعيد. وإذا عجز عن البعض فله الفسخ،

والباقى يُسلم للسيد، إلا ما كان من الزكوات، فإنها ترد إلى أصحابها.

الثانى: إذا غاب وقت المحل، فله الفسخ ولا يحتاج إلى الرفع إلى القاضى على الصحيح، ولو كان أَذِنَ له فى السفر، فله أن يرجع، ولكن لا يبادر الفسخ حتى يُعرفه الرجوع عن الإذن، فإن قصر بعد ذلك فى الإياب والأداء، فسخ.

الثالث: أن يمنع مع القدرة، فله ذلك، إذ ليس النجوم لازماً على العبد، بل الكتابة جائزة فى جانبته، لكن للسيد الفسخ. وقال العراقيون: ليس للعبد الفسخ، لكن له أن لا يودى مع القدرة حتى يفسخ السيد وهو متناقض؛ لأن العقد إن كان لازماً، فليجب الوفاء به.

الرابع: إذا جُن العبد، وقلنا: لا يفسخ، على الأصح، فالقاضى إن علم له مالاً، ورأى مصلحته فى العتق، أدى عنه، وإن رأى أنه يضيع إن عتق، فله أن لا يودى عنه، وكلام الأصحاب يشير إلى أن السيد يستقل بالأخذ، إذ ذكروا أن القبض من العبد المحنون يوجب العتق، وفيه نظر، إذ ربما لم يرض بالعتق والأداء إذا أفاق، إلا أن هذا لا فائدة فيه، فإن السيد يقدر على إعتاقه بكل حال، فأى فرق بين أن يأخذ كسبه عن جهة النجوم أو عن جهة الرق؟.

الخامس: الموت، وذلك يوجب انفساخ الكتابة، وإن خُلف وفاء؛ لتعذر العتق بعد الموت.

فرع: لو استسخر المكاتب شهراً، وغرم له أجرة المثل، فإذا حل النجم وعجز، فله الفسخ. وفيه وجه أنه يلزمه أن ينظره مثل مدة الاستسحار؛ لأنه كان يتوقع اتفاق فتوح فى ذلك الشهر، فيعوضه بمثل تلك المدة، فلعله يتحقق توقعه.

المسألة الرابعة: فى ازدحام الديون: ولها صور:

الأولى: أن يكون الدين للسيد، فإذا كان عليه دين معاملة ونجوم، وفى يده ما يفى بأحدهما، فلو تطوع السيد وأخذ عن النجوم، عَتَقَ، ودين المعاملة يبقى فى ذمته، وله أن يأخذ عن جهة المعاملة ويعجزه، ولو أراد تعجيزه قبل أن يأخذ ماله عن جهة الدين، ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن له طلبهما جميعاً، ويتضمن ذلك عجزه عن بعض النجوم لا محالة.

والثانى: لا؛ لأنه قادر على النجوم، وإنما تزول القدرة بإخلاء يده عن المال.

فرع: لو قبض المال مطلقاً، وقصد السيد الدين، وقصد العبد النجوم، فالاعتبار بأى قصد؟ فيه وجهان. وتظهر فائدته فى التحليف عند النزاع، فإن القول قول من تعتمد نيته.

الثانية: أن يكون عليه دين معاملة وأرض لأجنبى، وليس عليه للسيد إلا النجوم، فإن لم يحجر القاضى بعد عليه، فله أن يقدم أى دين شاء، وإن حجر بالتماس الغير، فالنص أنه يوزع على الديون؛ لأن كل واحد لو انفرد لاستغرق تمام حقه، والذى ذهب إليه المحققون أن المقدم دين معاملة الأجنبى؛ لأنه لا يجد متعلقاً من الرقبة بخلاف الأرض والنجم.

ثم أرض الأجنبى يقدم على النجم؛ لأنه يقدم على حق المالك حتى يباع فيه العبد.

الثالثة: أن تعجز المكاتب نفسه، فتسقط عنه النجوم، ويبقى للأحباب الأرض ودين المعاملة، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها، وهو الصحيح: أنه يُقسم ما فى يده عليهما بالسوية. والثانى: أنه يُقدم دين المعاملة؛ لتعلق صاحب الأرض بالرقبة. والثالث، وهو غريب: أن يقدم الأرض، ويقال لصاحب المعاملة: قد قنعت بذمته، فاتبعه إذا عتق، وهذا يلزم طرده فى الصورة الثانية، وهو بعيد جداً.

التفريع: إن قلنا: يُقدم المعاملة، فلو مات المكاتب وخلف شيئاً، فالصحيح أنه يسوى بينه وبين الأرض، إذ لم يبق طمع فى الرقبة؛ ليتعلق بها الأرض. ومنهم من استصحب دين المعاملة.

فرعان: أحدهما: أن لمستحق الأرض تعجز المكاتب حتى يفسخ الكتابة، ويبيع الرقبة، فلو أراد السيد فداءه، لتستمر الكتابة، لم يجب على المجنى عليه قبوله؛ لأنه إنما يتعلق بالرقبة بعد انقضاء الكتابة، وإنما له الفداء عند التعليق، وفيه وجه أنه يجب قبوله لغرض السيد فى دوام الكتابة.

وأما صاحب دين المعاملة، فليس له التعجز على المذهب، إذ ليس له طمع فى الرقبة، فلا فائدة له فى التعجز.

الفرع الثانى: لو كان للسيد دين معاملة ونجم، فلا يضارب الغرماء بالنجم، ويضارب بدين المعاملة؛ لأنه لا يقضى من الرقبة. وفيه وجه أنه لا يضارب؛ لأن حقه على عبده ضعيف وعرضة للسقوط.

المسألة الخامسة: إذا كاتب عبداً، فليس للعبد أن يقضى نصيب أحدهما وحده؛ لأن

كل ما فى يده كالمشترك بين السيدين، لكن لو وكلّ أحدهما صاحبه بقبض نصيبه، فإذا قبض الجميع، عتق العبد. ولو استبد بتسليم الجميع إلى أحدهما، لم يعتق منه شيء؛ لأن القابض لا يملك منه شيئاً ما لم يملك شريكه مثله. وفيه وجه أنه يعتق نصيبه، إذ ليس عليه رفع اليد إلا عن النصف.

ولو رضى أحدهما بتقديم الآخر بنصيبه، فهل يصح الأداء؟ فيه وجهان ينبغيان على نفوذ التبرع بإذن السيد. وقيل: ينبغي على أن كتابة أحدهما بإذن صاحبه هل تصح فى نصيبه وحده؛ لأن هذا يؤدى إلى أن يعتق البعض، وتبقى الكتابة فى الباقي؟.

التفريع: إن قضينا بفساد الأداء، فهو رقيق ويسترد منه. وإن قلنا: صحيح، فلا نقول بعتق نصيبه ويسرى، بل إن كان فى يده وفاء أدى نصيب الثانى، وعتق كله عليهما. وإن عجز عن نصيب الثانى، قال ابن سريج: لا يُشارك الأول فيما قبض بإذنه، ولكن عتق على الأول نصيبه.

وهل يقوم عليه الباقي؟ فيه الخلاف المذكور فى سراية عتق الشريك فى المكاتب. وقال غيره: بل يشاركه فيما قبض؛ لأنه أذن فى التقديم لا فى التكميل. ثم إذا شارك فلهما التعجيز بسبب الباقي ويرق العبد.

فرع: لو ادعى أنه وفاه النجوم، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، فله أن يشارك المصدق فيما أقر بقبضه، وله أن يطالب المكاتب بتمام نصيبه إن شاء، ثم لا تراجع بين المكاتب والمصدق فيما يأخذه المكذب منهما، إذ موجب قولهما أن المكذب ظالم ولا يرجع المظلوم إلا على ظالم.

المسألة السادسة: إذا كاتب عبيد، فجاء أحدهما بمال ليتبرع بأداء نجوم الثانى، وقتلنا: لا ينفذ تبرعه بالإذن، فالمال للمؤدى، لكن قد نص الشافعى، رضى الله تعالى عنه، أن المؤدى لو عتق بمال آخر لم يرجع إلى ذلك المال، ونص على أن المكاتب لو عفا عن أرش جناية ثبت له على سيده، فإذا عتق رجع فيه، فقيل: قولان بالنقل والتخريج، بناءً على أن تصرف المفلس إذا رد للحجر، فإذا انقضت ديونه، فهل ينفذ بعده؟.

ولا خلاف أنه لو استرد قبل العتق، ثم عتق، لم يكن للسيد استرداده، فإنه إنما ينفذ بعد العتق إذا لم يقبضه قبل العتق.

أما إذا تكفل أحد العبيد بنجوم الآخر، لم يصح؛ لأن النجوم ليس بلازم على العبد، فلا يصح ضمانه، ولو شرط ضمان أحدهما للآخر، فسد العقد.

فرع: لو كانا متفاوتي القيمة، وجاء للمال، ثم ادعى الخسيس أنهما أدبا على عدد الرعوس، وقال الآخر: بل على قدر النجوم، ففيه نصان مختلفان، ف قيل قولان: أحدهما: أن القول قول من يدعى الاستواء؛ لأنه كان في يدهما، وهو الصحيح. والثاني: القول قول الآخر؛ لأن قرينة التفاوت في النجوم تشهد له. وقيل: بل المسألة على حالين، فالقول قول من يدعى الاستواء إلا أن يقتضى ذلك في النجم الأخير استرداد شيء من السيد، فالقول قول من ينكره.

المسألة السابعة: في النزاع: وله صور:

الأولى: إذا اختلف السيد والمكاتب في قدر النجوم، أو في جنسه، أو في مقدار الأجل، تحالفا وتفاخعا، وإن كان بعد حصول العتق بالاتفاق، وفائدة الفسخ الرجوع إلى قيمة الرقبة. أما رد العتق، فغير ممكن، وصورته أن يقبض منه ألفين، ويدعى العبد أن بعضه وديعة، وقال السيد: بل النجوم ألفان.

الثانية: أن يختلفا في أصل الأداء أو في أصل الكتابة، فالقول قول السيد، فلو قال العبد: لي بينة على الأداء، أمهل ثلاثة أيام، فإن أتى برجل وامرأتين قبل، إلا في النجم الأخير، ففيه وجهان؛ لتعلق العتق به.

الثالثة: لو مات المكاتب وله ولد من معتقه، كان ولاؤه لموالي المعتقة، فلو قال السيد: عتق قبل الموت وجر إلى ولاء أولاده، فالقول قول مولى الأم إنه مات قبل العتق؛ لأن الأصل عدم القبض واستمرار الولاء.

الرابعة: كاتب عبيدين وأقر بأنه قبض بنجوم أحدهما، فلكل واحد أن يدعى، فإن أقر لأحدهما ونكل عن يمين الآخر حتى حلف المدعى، عتق هذا باليمين المردودة، وعتق الأول بالإقرار، وإن مات قبل البيان، فللوارث أن يحلف على نفى العلم بما عناه المورث، وإذا حلف استبهم، فهل يقرع بينهما؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه عتق استبهم. والثاني: لا؛ لأنه دين استبهم من عليه، ولأنه عتق عبد معين من عبيدين، وإنما تجرى القرعة عند إعتاق العبيدين جميعاً وقصور الثلث عن الوفاء وإبهاام العتق بينهما.

لكن إذا قلنا: لا يقرع، فللوارث أن يعجزهما ليحصل تعجيز الرق منهما، وبعد ذلك يستبهم عتق بين عبيدين، فلا تبعد القرعة.

الحكم الثالث: حكم التصرفات:

أما تصرفات السيد، ففيها خمس مسائل:

الأولى: بيع المكاتب كتابة فاسدة صحيح، وهو رجوع، وإن كانت الكتابة صحيحة،

فهو باطل على القول الجديد؛ لأن العبد استحق عتقاً عليه، وفي بيع العبد نقل الولاء إلى غيره. والقول القديم: أنه يصح ويكون مكاتباً على المشتري إن أدى إليه النجوم عتق وله الولاء، وإن عجز رَقَّ له.

الثانية: بيعُ نجوم الكتابة باطل؛ لأن ضمانته أيضاً باطل؛ لعدم لزومه، وفي الاستبدال عنه وجهان. وخرَّج ابن سريج قولاً: أنه يصح بيعه.

ثم إذا منعنا بيعه، فقبض المشتري النجوم، لم يعتق ويرد على المكاتب. وفيه وجه أنه يعتق؛ لأنه مأذون في القبض من البائع، فكأنه وكيله، فعلى هذا ترد النجوم على السيد إذا عتق عليه.

الثالثة: للسيد معاملته بالبيع والشراء، ويأخذ الشفعة منه، ويأخذ هو من السيد، ويلتزم كل واحد الأرض عند الجناية على صاحبه، فلو ثبت له على السيد دين مثل النجوم في قدره وجنسه عتق حيث نوى وقوع التقاص. وفي أصل التقاص، عند تساوى الدينين، أربعة أقوال: أحدها: أنه لا يقع في الرضا؛ لأنه إبدال دين بدين. والثاني: يقع إن رضيا جميعاً، وكأنه يشبه الحوالة. والثالث: أنه يقع إن رضى أحدهما كما يُجبر أحد الشريكين على القسمة عند طلب أحدهما. والرابع: أنه يقع التقاص؛ لأن طلبه منه، إذا كان هو مطالباً بمثله، عَنَّتْ، ولعله الأصح. وقال صاحب التقریب: إن أجرينا التقاص في النقيدين، ففي ذوات الأمثال وجهان، فإن أجرينا، ففي العروض المتساوية وجهان.

ولا شك في أنه لا يجوز التقاص بين المكسر والصحيح، والحال والمؤجل.

الرابعة: لو أوصى برقة المكاتب لم يصح وإن عجز، إلا أن يُضيف إلى العجز، فيقول: إن عجز فقد أوصيت به لفلان، ففيه وجهان مرتبان على ما لو قال: إن ملكت ذلك العبد فقد أوصيت به لفلان، وهذا أولى بالصحة؛ لقيام أصل الملك.

ولو أوصى بالنجوم لإنسان جاز فيما يخرج من الثلث، فإن عجز فللوارث التعجيز، وإن أنظر الموصى له. وحيث تصح الوصية بقربته، إذا عجز، فللموصى له تعجيزه وإن أنظر الوارث، وإنما يتعاطى القاضى تعجيزه إذا تحقق ذلك عنده.

الخامسة: إذا قال: ضعوا عن المكاتب أكثر ما عليه ومثل نصفه، والنجوم ثمانية مثلاً، فيوضع، لأجل الأكثر، أربع شئىء، ولقوله: مثل نصفه، نصف الأربعة والشئىء، فيجوز أن يبقى عليه درهمان إلا شئين.

ولو قال: ضعوا عنه ما شاء، فشاء الكل، لم يوضع، بل لابد من إبقاء شيء وإن قل. وفيه وجه أنه يُوضع الكل بخلاف ما لو قال: ضعوا من نجومه ما شاء، فإن «من» تقتضي التبعض.

أما تصرفات المكاتب: فهو فيها كالحر إلا ما فيه تبرع أو خطر فوات.

أما التبرع: كالهبة، والعق، والشراء بالعين، والبيع بالمحاباة، والضيافة، والتوسع في المطاعم والملابس.

وأما الخطر: فهو كالبيع بالنسيئة وإن استوثق بالرهن، فإنه لا يدري عاقبته، وقد يجوز مثل ذلك في مال الطفل بالمصلحة، ولكن هاهنا لا تطلب مصلحة المكاتب، بل مصلحة العتق واليد، ولذلك لا ترفع يد السيد عن المبيع قبل قبض الثمن، ولا يهب بثواب مجهول، ولا يكاتب، ولا يتزوج؛ لأنه يتعرض للنفقة والمهر، ولا يتسرى، إذ يتعرض الجارية للهلاك بالطلق، ولا يشتري من يعتق عليه، ولا يهب أيضاً من يعتق عليه إلا إذا كان كسوباً لا تحب نفقته.

وأما إقراره، فيقبل كالمريض، وكل ما منع إذا استقل، فلو أذن فيه السيد، فقولان: أحدهما: الجواز؛ لأن الحق لا يعدوهما. والثاني: المنع؛ لأن حق العتق ملحوظ أيضاً، وإذن السيد لا أثر له، وقد استقل المكاتب بنفسه.

فروع: الأول: نكاحه بإذنه فيه القولان. وقيل: إنه يصح قولاً واحداً؛ لأنه من حاجته، وهو ضعيف، إذ لو كان كذلك لاستقل به، ولجاز التسرى، ولأن للكتابة آخرًا، فإن الصبر إليه ممكن.

الثاني: في تزويج المكاتب طريقان: أحدهما: التخريج على القولين. والثاني: الجواز قطعاً، إذ تستحق المهر والنفقة، ولا يلزمها تسليم نفسها نهاراً، بل تكتسب كالأمة لا كالخرة. وقيل: إنه لا يجوز قولاً واحداً، وهو ضعيف.

الثالث: ذكر العراقيون في مسافرة المكاتب دون الإذن وجهين، ثم منهم من طرد في كل سفر، ومنهم من خصص بالسفر الطويل، وقال: هو انسلال عن لحاظ السيد بالكلية.

الرابع: لو وهب من السيد شيئاً، خُرج على القولين. وقيل: يصح قطعاً كما يعجل النجم الأول إليه، ولا يعجل الدين إلى غيره.

الخامس: لو اتهب المكاتب نصف من يعتق عليه، فكاتب عليه حتى يعتق بعثقه ويرق

برقه، فإن عتق فعتق النصف، قال ابن الحداد: يُقَوِّمُ عليه الباقي إن كان موسراً عند العتق؛ لأنه مختار فيه. وقال القفال: لا يسرى؛ لأنه لم يسر عند حصول الملك. فلا يسرى بعده، وهو الأصح.

السادس: لو اشترى من يعتق على سيده، صح، ثم إن عجز، وانقلب إلى السيد، عتق عليه. ولو اتهم العبد القنّ دون إذن السيد، ففيه وجهان، فإن جوزنا، فاتهم من يعتق عليه، وهو غير كسوب، لم يجز إلا بالإذن؛ لأجل النفقة.

وإذا اتهم نصف قريبه، ففي وجه يصح، ولا يسرى، وفي وجه لا يصح؛ حذراً من السراية، وفي وجه يصح ويسرى؛ لأن اختيار العبد كاختياره.

ثم إذا صححنا قبول العبد، فهل للسيد رده؟ فيه وجهان. فإن قلنا: له رده، فهو دفع لأصل للملك؟ أو قطع من حين الرد؟ فيه وجهان.

السابع: إعتاق المكاتب عبده بإذن سيده، فيه طريقتان: أحدهما: التخريج على القولين. والثاني: القطع بالمنع؛ لما ذكره في إشكال الولاء.

فإن قلنا: ينفذ، ففي الولاء قولان: أحدهما: أنه للسيد؛ لأن المكاتب رقيق، وفائدة الولاء الميراث، والتزويج، وتحمل العقل، وكل ذلك ينافيه الرق. والثاني: أنه موقوف، فإن عتق المكاتب يوماً ما فهو له، وإن مات رقيقاً فهو للسيد.

فعلى هذا لو مات المعتق قبل موت المكاتب وعتقه، وهو في مدة التوقف، ففي ميراثه وجهان: أحدهما: يوقف حتى يتبين أمر الولاء، فيصرف إلى من يستقر عليه من السيد، أو من المكاتب. والثاني: أنه لبيت المال؛ لأن ما يتبين من بعد لا يسند الولاء إلى ما مضى.

فإن قلنا: يثبت الولاء للسيد في الحال، فإذا عتق المكاتب، فهل ينجر إليه؟ فيه وجهان.

فرع: كتابة المكاتب عبده كإعتاقه، فإن قلنا: ينفذ، فلو عتق، والعبد الأول رقيق بعد، ففي ولائه القولان المذكوران في الإعتاق.

الثامن: ليس للمكاتب أن يكفر إلا بالصوم، فإن أذن السيد في الإطعام، فعلى القولين. وقيل: يجوز إذا قلنا: إن القن لا يملك، والمكاتب أيضاً لا يملك، وإنما تصرفه بحكم الضرورة، فلا يصح التكفير بالمال، وهو ضعيف، بل الصحيح أن المكاتب يملك.

التاسع: إذا استولد المكاتب جارية، فولده مكاتب عليه. وهل يثبت لسلم علقه أمية

الولد حتى تصير مستولدة إذا عتق؟ فيه قولان، والأصح أنه لا يثبت؛ لأنها علققت بولد رقيق.

الحكم الرابع: حكم ولد المكاتب إذا كان من نكاح أو زنا: وفيه قولان كما في سرابة التدبير، إلا أن ولد المدبرة لا يعتق بإعتاق الأم، وهذا يعتق؛ لأن أمه تعتق عن جهة الكتابة إذا عتقت، ولذلك يستتبع الولد.

فإن قلنا: يسرى، فحق الملك في الولد للسيد أو المكاتب؟ فيه قولان: أحدهما: أنه للسيد كالأم. والثاني: أنه للأم؛ لأنه من كسبها.

ويتفرع على هذا النفقة والكسب، ولا شك أنه ينفق عليه من كسبه، والفاضل منه يصرف إلى الأم إن قلنا: لها الحق، وإن قلنا: للسيد، لم يصرف إليه؛ لأنه كسب مكاتب، فيوقف، فإن عتق الولد يعتق الأم، فالكسب له، وإن رق سلم للسيد، وفيه وجه أنه يصرف في الحال إلى السيد.

فإن قلنا: الكسب للأم، فعليها نفقته إذا لم يكن كسب. وإن قلنا: موقوف للسيد، فهي على السيد. وقيل: إنه على بيت المال؛ لأنه يتضرر إن توقفنا في الكسب، إذ يطالبه بالنفقة، وكذلك إعتاق السيد ينفذ إن قلنا: له حق الملك، وإن قلنا: للأم، فلا، كما لا ينفذ في عبد مكاتبه.

وأما أرش الجناية عليه، فهو كالكسب، إلا أن يكون على روحه، فإنه لا يمكن التوقف لانتظار العتق، ففيه قولان: أحدهما: أنه للسيد. والآخر: أنه للأم.

أما ولد المكاتب من جاريته، فهو ككسب المكاتب، فلا يتصرف السيد فيه، لكن لو جنى الولد لم يكن للمكاتب أن يفديه؛ لأنه لا يتصرف فيه بالبيع ويتصرف في مال الفداء وفيه ضرر، وفداؤه كشرائه.

إذا وطئ السيد المكاتب فلا حدّ ولكن عصي ووجب المهر؛ للشبهة، فإن أحبلها وولدت، وهي مكاتبه بعد، فعليها قيمة الولد لها إن قلنا: إن بدل ولدها القليل يصرف إليها.

ثم هي مستولدة ومكاتبه، فإن عتقت بأداء النجوم فذاك، وإلا بقيت مستولدة فتعتق بموت السيد.

ومهما أتت بالولد، بعد العجز أو بعد العتق، فليس لها قيمة الولد قولاً واحداً.

الحكم الخامس: حكم الجناية: وفيه صور:

الأول: إذا جنى على سيده، أو على أجنبى، لزمه الأرض، فإن زاد على رقبته، فهل يطالب بتمام الأرض؟ فيه قولان. وجه قولنا: لا يطالب، أنه يقدر على أن يعجز نفسه، فيرد حق الأرض إلى قدر الرقبة.

الثانية: جنى عبد من عبيد المكاتب، فليس له فداؤه بأكثر من قيمته؛ لأنه تبرع.

الثالثة: جنى المكاتب على أجنبى، فأعتقه السيد، فعليه فداؤه؛ لأنه فوت الرقبة كما لو قتله، ولو عتق بأداء النجوم، فلا فداء عليه؛ لأنه يجبر على القبول.

الرابعة: لو جنى على السيد فأعتقه سقطت الأرض إن لم يكن فى يده شيء؛ لأنه لا يطالب عبد نفسه بالجنابة بعد العتق. وقال الإمام: ينبغي أن يطالبه بعد العتق؛ لأن المطالبة توجهت عند الجنابة بخلاف القين.

أما إذا كان فى يده شيء، فهل يتعلق بما فى يده؟ إن قلنا: لا يتبع ذمته، ذكر الأصحاب وجهين، إذ شبه فوات رقبته بالعتق، لما عسرت مطالبته، بالفوات بالموت.

الخامسة: لو جنى ابن المكاتب، فلا يفديه؛ لأنه فى معنى شرائه، ولو جنى ابنه على عبده، فهل يتبع الابن؟ وجهان.

السادسة: لو قتل عبد المكاتب عبداً آخر، فله أن يقتله قصاصاً بغير الإذن للزجر، وكذا لو كان القاتل عبد أجنبى لم يلزمه طلب الدية، وخرج الربيع قولاً: أنه لا قصاص إلا بإذن السيد، ويتعين طلب الأرض لحق السيد.

السابعة: لو جنى على سيده بما يوجب القصاص، فللسيد استيفاء القصاص.

ولو قتل المكاتب مات رقيقاً، وللسيد طلب القيمة من القاتل.

* * *

كتاب أمهات الأولاد

مذهب العلماء قاطية في هذه الأعصار أن من استولد جاريته: عتقت عليه بموته، ولم يجز بيعها قبل الموت. وللشافعي، رضى الله تعالى عنه، قول قديم، وهو مذهب على، كرم الله وجهه، أنه يجوز البيع، فإن لم يتفق عتقت بالموت، وقيل: معنى قوله القديم، أنها لا تعتق بل الاستيلاء كالاستخدام بإرضاع الولد. لكن اختلف الأصحاب في أنه لو قضى قاض يبيع أمهات الأولاد، هل ينقض قضاؤه؟ وكأنهم يرون الاتفاق بعد الاختلاف قاطعاً أثر الاختلاف.

ثم النظر في أركانها وأحكامها، أما أركانها فأربعة:
الأول: أن يظهر على الولد خلقة آدمي، فإن كان قطعة لحم، ففيه كلام مضى في العدة.

الثاني: أن يعتد حراً، فلو اعتد رقيقاً، لم يوجب الاستيلاء بعده.
الثالث: أن يقارن الملك الوطاء، فلو وطئ بالشبهة، أو غر بجمارية فولدت منه حراً، فإذا ملكها بعد ذلك، ففي الاستيلاء قولان.

الرابع: أن يكون النسب ثابتاً منه، وقد ذكرنا مظنة لحوق النسب.
وأما أحكامها، فهي كثيرة ذكرناها في مواضع متفرقة، وننبه الآن على أمور أربعة:
الأول: أن ولد المستولدة، من زنا أو نكاح، يسرى إليه حكمها، فيعتق بموت السيد وإن ماتت الأم قبل موت السيد، ولا يعتق بإعتاق السيد أمه، بل بموته.
وإذا فرعنا على أنه لو اشتراها بعد الاستيلاء صارت مستولدة، فإنما يسرى إلى ولد يحدث بعد الشراء، وولدها قبل ذلك قن. نعم لو اشتراها وهي حامل، فالظاهر أن الاستيلاء يسرى إلى الحمل، ويجوز أن يخرج على سراية التدبير.

الثاني: تصرفات السيد كلها نافذة إلا إزالة الملك أو ما يؤدي إليها كالرهن، فله الإجارة والاستخدام والتزويج بغير رضاها. وفيه وجه أنه لا يزوج إلا برضاها. ووجه أنها لا تزوج أصلاً. ووجه أن القاضى يزوجه برضاها ورضاء السيد، والكل ضعيف.

الثالث: أرض الجناية على طرفها وزوجها، للسيد. ولو ماتت في يد غاصبها، فعليه الضمان للسيد. ولو شهد شاهدان على إقراره بالاستيلاء، ورجعا بعد الحكم غرما للورثة عند عتقها بموت السيد، ولم يغرما في الحال إذ لم يزيلا إلا سلطنة البيع، وذلك لا يتقوم.

الرابع: مستولدة استولدها شريكان معسران، فهي مستولدتهمما. فلو قال كل واحد: ولدت منى أولاً، وهما موسران، فهي مستولدة لكننا لا ندرى أنها مستولدة مَنْ؟ فلو ماتا عتقت ظاهراً وباطناً، والولاء موقوف. فإن مات أحدهما عتق نصيبه، مؤاخذه له بإقراره.

ولو كانا معسرين فماتا، فلكل واحد منهما نصف الولاء، إذ ليس يثبت لكل واحد إلا نصف الاستيلاء. وحكى الربيع أن الولاء موقوف هاهنا أيضاً، وهو غلط، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

* * *

تم الكتاب بحمد الله تعالى ومنه وحسن توفيقه

وقد وقع الفراغ منه على يد الفقير إلى الله تعالى، الراجي رحمة ربه، المعترف بذنبه:

إسحاق بن محمود بن ملكويه البشيا بن خوامنى البروجردى، فى الخامس من ربيع الأول

سنة خمس وأربعين وستمائة، بالقاهرة المحروسة

رحم الله من طالعه أو نظر فيه أو ترجم على كتابه

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وعترته وصحبه أجمعين، وسلم تسليمًا كثيرًا



